

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA COUTUME

EN

DROIT INTERNATIONAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 29 Mai 1931, à 14 heures

PAR

G. GIANNI

Diplômé de l'Institut des Hautes Études Internationales de Paris

Président : M. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Professeur

Assesseurs : { MM. BASDEVANT } Professeurs
{ CASSIN }

PARIS

A. PEDONE, Editeur

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, Rue Soufflot

1931



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA COUTUME

EN

DROIT INTERNATIONAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 29 Mai 1931, à 14 heures

PAR

G. GIANNI

Diplômé de l'Institut des Hautes Études Internationales de Paris

Président : M. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Professeur

Assesseurs . . { MM. BASDEVANT } Professeurs
CASSIN }

PARIS

A. PEDONE, Editeur

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, Rue Soufflot

1931

INTRODUCTION

Avant d'entrer dans le développement de mon étude, j'estime indispensable d'avertir le lecteur que mes recherches se sont exclusivement limitées au domaine du droit international public. Même limitée ainsi la question demeure très vaste, vu qu'en droit des gens la coutume joue un rôle de premier plan, ce qui est d'ailleurs parfaitement explicable par l'absence d'un pouvoir législatif supérieur aux Etats membres de la communauté internationale. Ce pouvoir supérieur, je me hâte à le dire, présente à mes yeux surtout l'attribution d'élaborer le droit; en d'autres termes, le caractère obligatoire de la règle juridique internationale est tout à fait indépendant de sa conformité aux principes moraux qui sont à la base de la philosophie, des principes qui nous font dire que telle règle est juste et telle autre injuste. Donner force obligatoire à la règle juridique internationale est une simple question de technique, d'organisation; si une telle organisation n'est pas possible aujourd'hui, elle le sera demain et le devoir de tout juriste digne de ce nom est de rechercher : d'abord quelles sont les règles nécessaires à l'ordre social, règles ayant leur fondement dans l'idéal de justice dont nous avons parlé précédemment; et ensuite, quels sont les moyens à employer pour rendre ces règles obligatoires.

La question ainsi posée, il existe un point sur lequel quelques précisions sont nécessaires : comment déterminer l'idéal de justice dont nous avons à envisager les conséquences pratiques ? On a répété à satiété que le droit est

essentiellement une notion variable. Oui, c'est une notion variable, à condition d'envisager son évolution à travers le temps. A travers l'espace — je ne considère pas les quelques tribus de pygmées de l'Afrique centrale ni certains sauvages des îles polynésiennes, de qualité et de quantité négligeables — à travers l'espace, le droit est une notion constante. Ce qui est juste aujourd'hui en France l'est aussi, en principe, de l'autre côté de l'Atlantique.

Je n'entre pas dans l'examen du contenu de cette notion de justice idéale; c'est une question de philosophie dont les développements nous mèneraient trop loin; mais je m'arrête un peu sur le problème de sa reconnaissance par l'ensemble des nations civilisées. Pourquoi, par exemple, l'immunité diplomatique est-elle aujourd'hui un principe du droit des gens unanimement respecté ? Parce que cette immunité est nécessaire à l'agent diplomatique dans l'accomplissement de sa mission, parce qu'elle est conforme à la justice. Cette conformité au critérium de justice idéale, cette acceptation générale, transforme l'affirmation purement subjective qui résulte d'un procès de comparaison dans le for intime de chaque individu, en règle de droit objectif. Cette règle une fois dégagée, le législateur interne peut renforcer son respect dans l'intérieur du pays par telle ou telle sanction dont l'exécution est du ressort du pouvoir exécutif. Mais en dehors de l'Etat qu'est-ce qu'il advient de cette règle ? Le moyen le plus simple nous en fournit le traité : tel Etat en conclut avec tel autre stipulant qu'ils entendent respecter réciproquement l'immunité de leurs représentants diplomatiques. L'existence du traité simplifie de beaucoup la question mais que décider à son défaut ? La reconnaissance du principe conforme à l'idéal de justice, dont nous avons parlé plus haut, pour la grande majorité des nations civilisées se substitue au traité. Une telle reconnaissance puise la justification de sa force obligatoire en elle-même, en ce sens que les Etats ont reconnu l'immunité diplomatique spontanément, en dehors de tout

traité, comme règle du droit des gens. Ce n'est pas une question de consentement ni expres, ni tacite, car le consentement suppose la liberté de ne pas consentir; c'est une obligation à laquelle l'Etat est assujéti par le droit objectif. L'immunité diplomatique — je tiens à souligner que le choix de cet exemple est purement arbitraire, j'aurais pu prendre n'importe quel autre grand principe du droit des gens : la liberté des mers, le respect de la propriété privée, etc. .. et procéder à un développement analogue — repose ainsi sur une acceptation générale, autrement dit, tous les Etats ont l'habitude, la coutume de considérer ce principe comme définitivement acquis au droit des gens. Ici nous touchons le point central de notre étude. Cette opinion générale est le fondement du droit coutumier.

Les considérations que je viens de faire et que je développerai, du reste, dans la seconde partie de cet ouvrage, ne rallient nullement la grande majorité des auteurs. Des opinions intéressantes souvent opposées aux nôtres ont été professées relativement à la coutume internationale. Opinions concernant son fondement, sa formation, sa force obligatoire. Un aperçu sur les doctrines des principaux publicistes en corrélation avec notre sujet est donc indispensable; il constituera la première partie de notre exposé. Ensuite nous allons approfondir à notre tour le concept de la coutume internationale en examinant successivement sa formation, sa force obligatoire et enfin son abrogation, c'est-à-dire le phénomène constitué par son rejet de la sphère du droit.

Malgré ce programme, notre travail est loin de répondre à une exigence aussi vaste que celle d'examiner en détail toutes les règles du droit international d'origine coutumière; nous n'avons jamais pensé d'ailleurs dresser un répertoire de ces règles. Le but de notre ouvrage est beaucoup plus restreint. Il vise à être une modeste contribution aux efforts de ceux qui cherchent à subordonner la volonté de

l'Etat au respect de la Justice. Au début, cette tendance s'est portée contre l'ancien concept de la souveraineté, je rappelle ici les brillants développements de M. Politis dans le cours professé à l'Académie de Droit international de La Haye en 1925¹. Pour atteindre le même but, je me suis proposé d'examiner le même problème sur le domaine de la coutume internationale.

*
x x

La question ainsi posée, sans trop anticiper sur les conclusions de mon étude, je voudrais montrer d'une manière aussi brève que possible quelles sont les raisons qui m'ont déterminé à l'entreprendre, autrement dit, tracer sur la charte du droit international le chemin sur lequel je m'engagerai bientôt. A cette fin quelques considérations générales nous paraissent indispensables.

En droit interne l'individu jouit d'une certaine liberté qui s'arrête là où son exercice pourrait nuire à la liberté des autres. Quand cette limite est atteinte, la loi oppose à la liberté individuelle un principe supérieur à celle-ci, à savoir, l'intérêt social. Législateur et juge ne manquent jamais de le faire valoir et nous trouvons dans le *Journal Officiel* et dans les *Recueils de Jurisprudence* ses nombreuses applications.

Que deviennent nos constatations transportées sur le plan du droit des gens ?

A la liberté individuelle correspond la liberté de l'Etat. Est-ce tout ? Non. A la liberté de l'individu correspond la liberté de l'Etat *plus* la *Souveraineté*.

Je ne m'arrête pas à l'examen de celle-ci. Est-elle seulement un droit de commandement aux volontés libres ;

1. N. Politis, Le problème des limitations de la Souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux, *Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. VI, p. 5-119.

est-elle une question de compétence ? je n'en sais rien. La réponse est d'autant plus difficile, que la notion de souveraineté échappe aux seules recherches juridiques. Elle renferme dans son contenu un élément d'une catégorie toute spéciale, un facteur politique. Pour l'intelligence de notre étude il suffit de constater que la Souveraineté ajoute à la liberté de l'Etat un élément positif, une fonction à variables indépendantes d'autant plus capricieuses qu'elles sont d'origine politique, c'est-à-dire qu'elles peuvent évoluer : aujourd'hui dans les limites du droit et demain dépasser ces limites.

Comment prendre pied contre cette tendance vers l'arbitraire, vers l'abus de liberté ? Plusieurs solutions ont été envisagées.

Une première consiste à attacher directement la Souveraineté ; à essayer de lui fournir une justification plus ou moins acceptable, à changer sa nature en changeant ses fondements et cela par un procédé de raisonnement juridique. Est-ce possible ? J'en doute. La construction juridique arrive à intéresser, à convaincre mais reste artificielle.

Un second essai a été fait, et celui-là part d'un point de vue tout opposé. On a pensé et à juste raison, que les Etats-Unis d'Europe une fois réalisés, le problème irritant de la limitation de la Souveraineté changerait de caractère ; de droit des gens il deviendrait droit interne. Or on admet généralement qu'en droit interne toute solution est plus facile à trouver. Mais combien difficile à faire admettre aux Etats européens une telle organisation !

Ces deux solutions ont quelques points communs. Elles s'attaquent au droit à la Souveraineté qu'elles essaient de tempérer ; la première d'une manière directe, la seconde indirectement en changeant la nature du problème.

Il existe une troisième solution que le lecteur a devinée sans doute en lisant nos développements sur la liberté individuelle. Elle consiste à opposer *l'intérêt social* aux excès qu'un Etat pourrait commettre, à l'abri de la Souve-

raineté. Mais alors une nouvelle difficulté surgit : où trouver l'expression de cet intérêt social international ? En droit interne c'est le législateur qui y pense ; le juge aussi, parfois ; en droit des gens où faut-il s'adresser ? Une seule réponse est possible : à la *Coutume internationale*.

C'est elle qui reflète d'une manière spontanée la limite de la liberté des Etats ; c'est elle qui s'oppose à l'arbitraire, aux interprétations trop fantaisistes du concept de Souveraineté. Cette troisième solution présente un caractère statique, elle résout le problème par un équilibre de forces. La Souveraineté existe, respectons-là tant que son exercice est compatible avec l'ordre social international. Quand cet ordre est compromis il n'existe qu'un moyen de rétablir l'équilibre, c'est de s'adresser à la coutume que les Etats civilisés ont adoptée dans leurs relations réciproques.

La coutume nous dira quel est le droit ; si elle s'est constituée avec la collaboration de l'Etat contre lequel on l'a fait valoir, sa force est décisive ; si elle s'est constituée en dehors de celui-ci quel parti faut-il prendre ? Cette question que nous allons examiner dans le courant de notre étude, n'est qu'un exemple du problème particulièrement intéressant qui se pose autour de la Coutume internationale. Nous nous arrêtons ici, car l'objet de cette introduction a été simplement d'exposer au lecteur le plan que nous allons suivre, c'est-à-dire la division bipartite de l'ouvrage et de mettre en relief deux idées directrices autour desquelles nous allons faire graviter les développements postérieurs et que nous pourrions exprimer de la manière suivante : a) la Coutume internationale est une expression objective du droit des gens et b) c'est la coutume qui renferme l'élément social du droit international.

PREMIÈRE PARTIE

1. Généralités. — Les travaux de Savigny et de son école ont montré clairement que le droit, avant de revêtir la formule légale, existait sous forme coutumière. Cette observation d'une portée toute générale est confirmée aussi en droit des gens, c'est-à-dire qu'avant de fournir matière aux traités, celui-ci existait sous forme d'usage ou de coutume. Devant ces constatations on serait tenté de croire que la multiplicité des traités ferait reléguer la coutume au dernier plan. Or il n'en est rien. Bien au contraire, le traité renvoie souvent à la coutume en renforçant son autorité. Mais il faut le reconnaître, le contraire arrive fréquemment et nombreux sont les traités allant directement à l'encontre de la coutume, dérogeant en quelque sorte à celle-ci. Les rapports entre coutume et traité seront étudiés dans la suite; le principal est de constater ici leur existence simultanée en droit des gens. Cette affirmation est formulée couramment sous une forme un peu différente; on dit que « la coutume et le traité sont les sources du droit international » Examinons de près cette formule. Le mot *source* renferme une idée d'origines et de causalité; d'origine dans le sens que le contenu du droit des gens est constitué en partie par la coutume; de causalité, de succession dans le temps, c'est la nuance qui implique à la coutume l'attribut de cause, au droit celui d'effet.

Du point de vue logique cette formule correspond parfaitement à son objet; un seul correctif nous paraît néces-

saire. La coutume que renferme la sphère du droit présente une certaine différence de celle qui se trouve à l'extérieur, pour marquer cette différence nous appellerons cette dernière *espèce* de coutume : l'usage.

2. Les considérations précédentes reposent sur l'examen des réalités juridiques et la conclusion à laquelle nous arrivons, à savoir, qu'une fois reconnue source du droit international la coutume devrait pénétrer avec ce droit dans les relations extérieures des Etats, rencontre maintes difficultés.

Tout d'abord, le concept de Souveraineté apparaissait sinon incompatible au moins difficilement conciliable avec une coutume s'imposant à l'Etat, en dehors de sa volonté.

Aussi on y trouve des doctrines embrouillées et souvent susceptibles de conclusions contraires. C'est en effet par un travail considérable que les auteurs du droit des gens ont dégagé peu à peu les notions qui nous paraissent aujourd'hui évidentes. Certains d'entre eux sont arrivés à des solutions inacceptables, d'autres nous ont montré le chemin sur lequel nous nous engagerons bientôt; tous sont intéressants. Et c'est pourquoi nous nous sommes proposé d'examiner leurs opinions les plus caractéristiques dans les paragraphes suivants.

CHAPITRE PREMIER

GROTIUS ET SES PRÉDÉCESSEURS :

GENTILLIS, SUAREZ²

3. Avec Gentillis (1552-1608) nous nous trouvons à l'aube du droit international moderne. Une vie laborieuse, consacrée à l'étude; car Albericus Gentillis malgré son origine italienne a été professeur à Oxford; un esprit systématique, cherchant les bases de notre science non seulement dans la philosophie mais encore dans la réalité des faits; une tendance constante à dégager le droit de l'emprise des théologiens; voilà, les principaux traits de ce grand juriste de la fin du xvi^e siècle.

En ce qui concerne l'objet de notre étude, Gentillis dans son « *De jure belli*³ » nous présente un vaste exposé sur les coutumes de la guerre et c'est ici que nous trouvons après l'analyse détaillée de nombreuses règles que doivent suivre les princes dans la conduite des hostilités, une réflexion bien intéressante : « Non omne quod licet honestum est » Dans le livre suivant⁴ du même ouvrage, Gentillis s'arrête sur le respect dû par les ennemis aux lieux sacrés, aux femmes sans défense, aux enfants, aux marchands étrangers

2. Voir Barthélemy, Basdevant, Scelle, Rolland, Nezard, etc., *Les fondateurs du Droit International*, Paris, 1904 et en particulier l'étude de M. Nezard sur Gentilis, *op. cit.*, p. 37.

3. *De jure belli Commentatio Prima Londini*, Wolfius, 1585. Liv. 1, chap. 16, *De captivis et non necandis*.

4. *Op. cit.*, liv. 11, chap. 20 et liv. 11, chap. 21.

et il ajoute que la force obligatoire de cette dernière coutume provient de l'opinion unanime des philosophes, légistes, théologiens, poètes et historiens, conception que nous retrouverons chez Grotius.

4. Dans un autre ouvrage intitulé « *De legationibus* »⁵ Gentillis expose une autre règle du droit coutumier celle dont nous avons parlé dans l'introduction de notre étude : l'inviolabilité diplomatique.

Les circonstances qui ont contribué à l'agencement de cette publication sont intéressantes à rappeler. En 1584, l'ambassadeur espagnol Mendoza avait été reconnu coupable d'avoir comploté contre la reine Elisabeth. En sa qualité de professeur à Oxford, Gentillis fut consulté par le gouvernement anglais sur la question de savoir si on pouvait condamner Mendoza à mort. Malgré le précédent de Leslie évêque de Ross, notre auteur se prononce contre la condamnation de l'ambassadeur et indique la seule solution possible : le renvoi du coupable, opinion qui fut d'ailleurs suivie par le gouvernement.

Ce point de vue constitue le second livre de son « *De legationibus* » où nous trouvons non seulement développée l'inviolabilité de la personne de l'ambassadeur mais Gentillis l'étend encore aux biens, à la demeure et à la suite de celui-ci. A l'appui de cette thèse il invoque de nombreux témoignages et notamment ceux de Tite-Live, Plutarque, Polybe et Tacite. L'œuvre de Gentillis est intéressante surtout à titre de documentation, car elle constitue un recueil des coutumes de son temps. Son auteur ne s'est pas élevé jusqu'aux constructions doctrinales, il analyse les coutumes, en reconnaît bon nombre d'injustes mais n'essaye presque jamais de montrer la solution qui serait d'après lui conforme au droit.

5. *De legationibus libri tres Londoni*, Wolfius, 1583.

A cet esprit tellement attaché aux faits, que celui de Gentillis, s'opposent les élégantes constructions de Suarez⁶.

5. D'après Suarez les Etats forment une société internationale, cependant parce qu'aucun d'entre eux ne peut se suffire à lui-même, ils sont obligés d'entrer en relations les uns avec les autres; c'est pourquoi ils ont dû accepter certaines règles de droit. Mais Suarez ne s'arrête pas ici; il pousse davantage ses recherches et trouve que ces règles constituent dans leur ensemble le droit des gens et empruntent leur contenu aux usages et traditions.

Le système de Suarez, quoique réduit dans ses proportions, présente néanmoins une importance remarquable. En effet deux idées se dégagent, deux idées infiniment riches de conséquences. La première : que le droit international est le produit des relations entre Etats, et la seconde : que la coutume est une source du droit international.

La documentation fournie par Gentillis, les constructions de Suarez, ont préparé l'avènement de l'un des plus grands jurisconsultes du droit des gens, du Hollandais Hugo de Groot, connu surtout sous le nom latinisé de Grotius.

6. Hugo Grotius naquit à Delft en 1583 et se fit remarquer de bonne heure par l'étendue de ses connaissances, non seulement dans le domaine du droit, il était avocat de métier, mais encore dans celui des mathématiques, de l'astronomie et de la philosophie.

Son principal ouvrage sur le droit des gens parut en 1625, sous le titre : « *De jure belli ac pacis libri tres*⁷ ». Le succès

6. Suarez naquit à Grenade en 1548, il entra dans la Compagnie de Jésus et acquit bientôt une grande réputation de philosophe et de théologien. Du droit des gens il s'occupa incidemment dans un ouvrage intitulé : *De legibus ac de Deo legislatore*.

7. *Les Fondateurs du Droit international*, op. cit.; l'Etude de M. Basdevant, p. 125 et suiv. Voir encore : H. Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, traduction Barbeyrac, Amsterdam, 1729, chez Pierre de Coup; et encore dans la collection « *Classics of International Law* », Hugo Grotius, *De jure belli ac Pacis*, reproduction d'après l'édition originale de 1646 avec traduction en anglais par M. F. W. Kelsey, préface de M. J. Br. Scott.

fut immense et de son vivant il fit paraître en 1642 une seconde édition enrichie de nombreuses notes de sa main.

Dans son ensemble l'œuvre de Grotius présente des qualités remarquables, malgré certaines longueurs dues au grand nombre d'exemples tirés de la Bible, des auteurs grecs et latins et de l'histoire de son temps, exemples dont il se servait pour appuyer ses syllogismes. Le but qu'il s'est proposé en écrivant cet ouvrage ; la construction en corps de doctrine du droit international, il l'a parfaitement atteint. En effet ses prédécesseurs ne se sont jamais essayé à produire avec le matériel qu'ils avaient sous la main un corps d'ensemble, une discipline scientifique, ayant sa physiologie propre et ses principes fondamentaux, bien arrêtés.

La réussite de Grotius est d'autant plus méritoire qu'il n'avait aucun exemple sous les yeux. Les civilistes puisaient leurs institutions du droit romain et les modifications qu'ils y apportaient étaient souvent de simples questions de détail, tandis qu'en droit des gens il a fallu tout construire : des principes de bases jusqu'aux dernières conséquences pratiques, tout est nouveau. Ce travail Grotius l'a accompli si brillamment qu'aujourd'hui encore son traité demeure un modèle du genre. Sur la coutume internationale ses remarques sont pleines de finesse et de profondeur. Ainsi au début, dans le premier paragraphe de l'*Introduction*, nous trouvons ceci⁸ : « Pour ce qui est du Droit qui a lieu entre plusieurs peuples, ou entre les Conducteurs des Etats et qui est ou fondé sur la Nature, ou établi par les Lois Divines, ou introduit par les Coutumes, accompagnées d'une convention tacite des hommes, peu de gens se sont avisés d'en toucher quelque matière ». Autrement dit Grotius considère source du droit des gens : le Droit naturel, les lois divines, les coutumes accompagnées d'une convention tacite et plus loin il procède à l'examen de chacune d'entre elles.

8. Huguo Grotius, *Du Droit de la Guerre et de la Paix*, traduction Barbeyrac, Discours préliminaire, p. 1, § 1.

Sur la première il se prononce de la manière suivante⁹ : « Le Droit naturel consiste dans certains principes de la droite raison qui nous font connaître qu'une action est moralement honnête, ou déshonnête selon la convenance ou la disconvenance nécessaire qu'elle a avec une nature raisonnable et sociable et par conséquent que Dieu, qui est l'auteur de la Nature ordonne ou défend une telle action ».

Dans la première partie de cette définition, le Droit Naturel apparaît sous la forme d'un critérium de comparaison; il se trouve dans la conscience de chacun de nous et c'est lui qui nous dit que telle action est juste, telle autre injuste. Conçu ainsi le Droit Naturel serait variable d'un individu à l'autre, car la conscience humaine n'est pas fabriquée en série.

Mais Grotius n'a pu s'arrêter là, car il a eu l'intuition que même si les consciences individuelles ne sont pas absolument pareilles, elles ont de nombreux points communs et alors il a essayé de résoudre la difficulté, par l'introduction d'un élément à caractère universel : « Dieu ».

A regarder de près, c'est un peu ce qu'a fait, beaucoup plus tard et par conséquent plus éloigné du théologien, M. Duguit quand il a mis en relief la notion du droit objectif.

Une fois admise l'intervention de la divinité, Grotius, très logiquement du reste, étend les qualités de Dieu au droit naturel, et voilà pourquoi il considère¹⁰ ce dernier immuable et universel.

7. Sur la deuxième source nos développements seront très réduits. D'après notre auteur les « Lois divines » qu'il appelle encore le « Droit divin volontaire » sont dues uniquement à la volonté de Dieu dont elles sont une émanation directe. Cette volonté s'est manifestée après la Création, après le Déluge et dans les Evangiles.

9. Huguo Grotius, *op. cit.*, liv. 1, chap. 1, p. 64, § 10.

10. Hugo Grotius, *op. cit.*, liv. 1, § 10, n° 5, p. 67.

La troisième source : les Coutumes accompagnées d'une convention tacite des hommes, est d'une importance capitale pour notre étude aussi nous allons l'examiner d'une manière plus détaillée.

Un premier point à mettre en évidence c'est la nécessité d'une convention tacite. En effet, d'après Grotius, la convention constitue le support de la coutume, sans consentement il n'existe pas de coutume; il n'existe rien.

Cette nécessité du consentement ne s'arrête pas ici; d'après notre auteur, tout le droit international repose sur le consentement, opinion qu'il exprime de la manière suivante¹¹ :

« Comme les lois de chaque Etat se rapportent à son avantage particulier; le consentement de tous les Etats, ou du moins du plus grand nombre, a pu produire entre eux certaines lois communes. Et il paraît qu'effectivement, on a établi de telles lois qui tendraient à l'utilité, non de chaque corps en particulier, mais du vaste assemblage de tous ces corps. C'est ce qu'on appelle « Droit des gens lorsqu'on le distingue du Droit naturel ». A part la nécessité du consentement comme fondement du droit des gens, opinion sur laquelle nous ne saurions insister suffisamment, une autre idée se détache clairement du passage reproduit plus haut. Elle consiste dans la mise en avant d'une qualité fondamentale de notre science : son utilité sociale. Ce principe est appelé à jouer un rôle de premier plan dans la reconstruction du droit moderne et nous le retrouverons aussi à la base du droit international contemporain.

8. Après avoir énuméré les sources du droit des gens; après avoir examiné chacune d'elles tant dans son contenu propre comme entité distincte, que dans ses rapports avec les autres sources, Grotius cherche à résoudre deux questions adjacentes d'une importance capitale : la première

11. *Ibid.*, Discours préliminaire, § XVIII p. 17.

consiste à se demander d'où provient la force obligatoire de la coutume, et la seconde, quels sont les moyens de prouver l'existence d'une coutume quelconque.

Sur la force obligatoire de la Coutume, une fois que l'on considère celle-ci à base de consentement tacite, il est très facile de se prononcer : la solution rentre dans la « Théorie des Obligations » du droit civil. Grotius se prononce d'ailleurs dans le même sens : « Il est tout naturel, que chacun tienne religieusement sa parole, car il était nécessaire qu'il y eût parmi les hommes quelque manière de s'engager les uns aux autres, et on n'en saurait concevoir d'autre plus conforme à la nature. C'est ce qui a produit ensuite les différentes sortes de droit civil. Car ceux qui entraient dans quelque communauté et qui se soumettaient à une ou plusieurs personnes promettaient ou formellement, ou par engagement tacite que la nature même de la chose donnait bien à présumer, promettaient dis-je, d'aquiescer à ce qui aurait été résolu, ou par la plus grande partie du Corps, ou par ceux entre les mains de qui on aurait mis le pouvoir de commander¹². »

La deuxième question concernant la preuve de la Coutume dans la pratique internationale courante, est résolue par Grotius de la manière suivante : « Pour prouver l'existence du Droit de la nature, je me suis servi des passages des philosophes, historiens, poètes, orateurs. Non qu'il faille s'y fier aveuglément; car ils s'accommodent pour l'ordinaire aux préjugés de leur secte, à la nature de leur sujet et à l'intérêt de leur cause; mais c'est que quand plusieurs personnes, en divers termes et en divers lieux soutiennent une même chose comme certaine, cela doit être rapporté à une cause générale. Or, dans les questions dont il s'agit, cette cause ne peut être que l'une ou l'autre de ces deux : ou une juste conséquence tirée des principes de la nature; ou un consentement universel. La première

12. Hugo Grotius, *op. cit.*, trad. Barbeyrac, Discours préliminaire, § XVI.

nous découvre le Droit naturel et l'autre le Droit des gens. Pour distinguer ces deux sortes de Droit commun, il faut considérer non les termes mêmes dont les auteurs se servent pour les désigner (car ils confondent souvent les mots de Droit naturel et Droit des gens) mais la qualité du sujet dont il est question. Car si une maxime qui ne peut être déduite des principes certains par de justes conséquences, se trouve néanmoins observée partout, on a lieu d'en inférer, qu'elle doit son origine à une volonté arbitraire¹³. »

Avant d'entrer dans la discussion de cet important paragraphe il faut montrer la manière dont Grotius entend classifier la valeur de force probatoire des passages des philosophes, historiens, poètes, orateurs. Sur cette question nous trouvons plus loin l'opinion suivante : — Les sentences des poètes et des orateurs n'ont pas tant d'autorité; et si nous en alléguons plusieurs, c'est souvent pour orner et illustrer nos pensées, plutôt que les apprécier¹⁴.

Revenons à la citation antérieure, de beaucoup plus intéressante.

9. Une première observation à faire c'est que Grotius attribue le même moyen de preuve : tant au Droit des gens, celui-ci ayant son fondement dans le consentement exprès ou tacite (les coutumes); qu'au Droit naturel, envisagé sous la forme d'un critérium d'appréciation de ce qui est juste en opposition de ce qui ne l'est pas. Cette utilisation de la même source n'est pas à éclaircir, de beaucoup, la différence entre les deux sortes de droit international malgré la méthode dont notre auteur nous propose l'emploi : l'examen : « de la qualité du sujet dont il est question ».

Une seconde observation, et celle-ci capitale, sur l'ex-

13. *Ibid.*, Discours préliminaire, § 41, p. 31-32.

14. *Ibid.*, Discours préliminaire, § XLVIII, p. 42.

pression suivante «...car si une maxime qui ne peut être déduite des principes certains par de justes conséquences, se trouve néanmoins observée, on a lieu d'en inférer qu'elle doit son origine à une volonté arbitraire. »

Considérer la volonté source du droit nous paraît une erreur considérable.

Une pareille conception repose à la base des constructions doctrinaires, d'origine allemande, qui essayent à justifier le droit par la force, conception aujourd'hui totalement abandonnée. A regarder les choses de près une volonté arbitraire est inclinée à faire « ce qu'il est à propos de faire » plutôt que ce qui est juste. Et Grotius lui-même reconnaît quelque part l'existence d'un domaine où l'arbitraire règne en maître : « Je me suis abstenu de toucher ce qui est d'un autre sujet, comme de donner des règles sur ce qui est à propos de faire; car cela est du ressort d'une science particulière je veux dire de la politique : et c'est avec raison qu'Aristote traite à part cette science, sans y mêler rien d'étranger, au lieu que Bodin la confonde souvent avec le Droit que nous entreprenons d'expliquer ici. Que si en quelques endroits j'ai fait mention de l'utile, ça n'a été qu'en passant, et pour distinguer plus clairement les questions qui s'y rapportent, avec celles qui doivent être décidées par les principes du juste¹⁵. »

La confusion provient surtout de l'indépendance, que Grotius croit reconnaître, entre le Droit des gens et le Droit naturel, et encore ce qu'il ne faut pas oublier, c'est qu'il fait rentrer la coutume aussi dans sa définition du Droit des gens.

Or, cette indépendance est contraire à la réalité objective et voilà pourquoi les conclusions auxquelles il arrive sont inadmissibles. L'erreur dans laquelle est tombé Grotius, s'explique par la tendance qu'il manifeste plusieurs fois au cours de son ouvrage, de classer, de comparti-

15. Hugo Grotius, *op. cit.*, Discours préliminaire, § LIX, p. 47.

menter par trop les principes fondamentaux du droit international. Cette classification poussée à l'extrême produit un système juridique du point de vue logique impeccable; mais il ne faut jamais oublier que notre science, à la différence des mathématiques, renferme un élément très difficile à exprimer en formules : l'élément humain.

10. Ici s'arrêtent nos recherches sur l'œuvre de Grotius. Les opinions de ce grand juriste ont influencé d'une manière tellement considérable le développement du Droit international, que nous aurons maintes fois eu l'occasion de signaler l'origine « grotienne » des nombreuses constructions doctrinaires dont nous aurons à parler dans la suite.

CHAPITRE II

LA DOCTRINE DES AUTEURS DE GROTIUS A VATTEL

II. Le premier jurisconsulte à examiner ici, c'est l'Anglais Richard Zouch. Celui-ci naquit en 1589 à Antrey en Wiltshire et en 1620 nous le retrouvons professeur de droit civil à Oxford. Il est tout naturel, par conséquent, de trouver que la plupart de ses ouvrages renferment du droit privé. Sur le Droit international il a très peu écrit, cependant son livre intitulé : *Juris et Judicii Feciales, sive Juris inter Gentes*¹⁶, compte encore à l'heure actuelle dans la littérature de notre science et Phillimore, le grand internationaliste anglais, l'a souvent cité dans ses publications.

A part ce grand ouvrage, qui constitue en quelque sorte un manuel de droit des gens de son époque, Zouch a fait imprimer un autre, de dimensions beaucoup plus modestes, dans lequel il justifiait publiquement son opinion sur une question que le gouvernement anglais lui avait soumise. Il s'agissait en l'occurrence, d'un crime commis en 1653 par le frère de l'ambassadeur portugais, don Pantaléon San, à la suite d'une rixe où ce dernier à la tête d'un cinquantaine de Portugais armés, avait attaqué quelques malheureux marchands, qui se rendaient à la Bourse de Londres.

16. *Les Fondateurs du Droit international*, op. cit. L'étude de M. Scott, p. 320.

Le Conseil de Cromwell était en désaccord sur la question de savoir si l'immunité de l'ambassadeur protégeait aussi son frère. Zouch appelé à départager les voix se prononça pour la condamnation du coupable et en effet l'exécution eut lieu à la Tour de Londres.

Les raisons qu'il donna — intéressantes de notre point de vue; car aujourd'hui l'immunité diplomatique constitue une règle de droit coutumier — peuvent être résumées de la manière suivante : 1^o les personnes de la suite de l'ambassadeur ne participent pas aux qualités que confère l'immunité de la même façon que l'ambassadeur et 2^o l'ambassadeur lui-même, inspirant plus de confiance que sa suite jouit nécessairement d'une immunité plus large que celle-ci.

Ces affirmations constituent la conclusion du petit livre, dont nous avons montré les circonstances qui le firent paraître et que Zouch publia à Oxford en 1657 sous le titre de « *Solutio Questionis veteris et novae, sive de Legati deliquentis iudice competente dissertatio*¹⁷. »

12. A part l'immunité diplomatique, notre auteur examine encore d'autres aspects de la coutume internationale, dans son grand ouvrage « *Juris et Judicii Fecialis, sive Juris inter Gentes*¹⁸ et nous trouvons dans la définition du Droit des gens, une première allusion au sujet de notre étude. — « Le Droit international est celui qui est en usage dans les relations entre les chefs d'Etats ou les peuples souverains; autrement dit, celui que les mœurs (coutumes), conformes à la raison ont fait adopter par la plupart des nations, et encore un autre, d'après lequel chacune des nations s'ac-

17. Voir la liste complète des ouvrages de Zouch dans l'introduction de Mr Thomas Erskine Holland à l'édition du *Juris et Judicii Feciales sive Juris inter Gentes* de la collection « *Classics of International Law* », Washington, 1911.

18. Voir *Juris et Judicii Feciales sive Juris inter Gentes*, Oxoniae, 1601, dans l'édition « *Classics of International Law* », préface de Mr Thomas Erskine Holland, traduction anglaise de Mr Brierly, Washington, 1911. 1^{re} partie, Section I, Principium.

corde avec les autres et qu'on observe en guerre comme en paix. »

D'après ce passage, il paraît évident que Zouch suit les opinions de Grotius sur le contenu du Droit international c'est-à-dire qu'il reconnaît la présence de deux éléments complètement indépendants entre eux : d'une part, les conséquences pratiques des principes du droit naturel et, d'autre part, toute règle dont le caractère juridique repose sur le consentement des Etats. Plus loin ces idées se précisent davantage et parce que le romaniste qui était en Zouch demanda sa part, il reconnut au « *Jus fœciale* » la même influence sur le développement du droit des gens que celle du « *Digeste* » sur le droit civil et après avoir montré l'origine du premier, marquant que les lois établies par les fœciaux ont disparu, mais que nous pouvons en retrouver des fragments dans les auteurs grecs et latins, il conclut que les écrits de ces auteurs reflètent « ce qui a été admis par la coutume des Nations d'accord avec le Droit naturel¹⁹ »

Faut-il voir dans cette affirmation le désir de Zouch à remplacer l'indépendance entre Droit naturel et Droit des gens par un lien de subordination du second au premier ? Je ne le crois pas, d'autant plus que dans les chapitres suivants il n'y a plus trace d'une pareille conception.

Son mérite principal, dans la partie générale de l'ouvrage dont nous nous occupons ici, consiste surtout dans la mise en vedette d'une autre source du droit international sur l'existence de laquelle les auteurs sont unanimes à la reconnaître ; les conventions et traités entre nations souveraines.

13. A l'exemple de Gentilis, Zouch nous fait connaître un grand nombre de coutumes du droit des gens, mais tout comme son prédécesseur, il se garde soigneusement d'exprimer son point de vue à ce sujet. Pour bizarre que paraisse une telle attitude elle est facilement explicable quand on

19. Zouch, *ibid.* ; « ad lectorem ».

tient compte que lui-même s'est imposé une pareille discipline. En effet dans la préface au lecteur de l'ouvrage précité, il nous promet d'user dans les questions controversées de la méthode socratique, c'est-à-dire d'exposer la question, les arguments pour et contre, et à nous d'en tirer les conclusions.

Quand par exemple, il écrit sur le droit aux épaves²⁰ Zouch ne saisit pas l'occasion d'appliquer la théorie du respect de la propriété privée, théorie que lui-même avait examinée antérieurement²¹.

C'est évidemment une grande lacune. Mais à regarder les choses attentivement ce défaut est compensé par certaines qualités que nous allons brièvement énumérer.

Tout d'abord, Zouch apparaît comme le continuateur de Gentilis et de Grotius. Lui-même nous le dit dans la préface « Ad Lectorem » — qu'il les considère comme ses maîtres, que les deux sont versés dans toute science et qu'enfin Gentilis pèse ses arguments dans la balance du droit et Grotius dans celle de la raison. » Et ensuite, il a contribué non seulement à répandre, — à vulgariser dit M. Scelle — les idées de ses grands devanciers, mais encore à préciser quelques notions que ces derniers avaient laissées dans l'ombre.

14. Si nous essayions de fixer brièvement les résultats de nos recherches sur la coutume internationale dans les doctrines de Gentilis, Suarez, Grotius et Zouch, notre attention serait retenue surtout par la dualité du Droit international, principe formulé par Grotius et Zouch, et dont nous rappelons la teneur : le Droit des gens se compose de deux parties distinctes : l'une, constituée par les conséquences pratiques du Droit naturel est le fruit de la raison et du sentiment de justice inhérent à la nature humaine; l'autre constituée par les règles sur lesquelles les Etats sont

20. Zouch, *ibid.*, 2^e partie, Section III, § 3.

21. Zouch, *ibid.*, 1^{re} partie, Section V, § 2.

tombés d'accord puise sa justification du seul consentement. D'après la terminologie grotienne, la première partie porte le nom de « *Droit naturel* », la seconde celui de « *Droit des gens* ».

Pour Grotius et pour Zouch, la séparation entre les deux parties examinées plus haut est *absolue*. J'entends par là qu'il n'existe aucun rapport de l'une à l'autre. Je sais très bien que certains auteurs ne sont pas de cet avis, mais aucun passage de Grotius ou de Zouch ne m'autorise à subordonner le Droit des gens au Droit naturel²².

Une fois cette distinction présente à l'esprit, les conséquences sont facilement perceptibles. Nous avons ainsi : des coutumes et des traités fondés sur le Droit naturel ; des coutumes et des traités fondés sur le Droit des gens.

Telle est, réduite à sa plus simple expression, la conclusion de notre étude sur les doctrines examinées.

15. Avec Pufendorf, nous touchons un autre aspect de la coutume internationale, car si nous avons employé souvent l'expression de *dualité* du Droit des gens dans nos développements antérieurs, dorénavant elle sera remplacée par celle de *l'unité* de notre science, autrement dit, l'indépendance entre le Droit naturel et le Droit des gens (selon je le répète, la signification que Grotius leur attribue) sera remplacée par des rapports de dépendance, de subordination.

Pufendorf est né en 1632²³. Il commença sa carrière

22. Ainsi par exemple, dans son article au mot *Völkerrechtsquellen*, t. III, p. 292 de l'ouvrage publié sous la direction de Karl Strupp, *Wörterbuch der Völkerrechts*, Berlin, 1929, 3 vol., Alfred Verdross, le savant professeur de Vienne dit notamment que pour Grotius, le droit international positif « a sa racine dans le droit international naturel ». Du même avis est Ludwig von Bar, dans la préface écrite à l'œuvre de Rachel : *De jure naturae et gentium dissertationes*, dans l'édition « *Classics of International Law* », Washington, 1916. Il dit « que Rachel, à la différence de Grotius, sépare le droit des gens du *jus naturalae* », p. 11 de la reproduction latine.

23. *Les Fondateurs du Droit international*. Paris, 1904, Etude de P. Avril, p. 331 et suiv. Voir encore Pufendorf, *De officio hominis et civis juxta legem naturalae libri duo*, dans la collection « *Classics of International Law* », texte latin de 1682 et traduction anglaise de Frank Gardner Moore, avec une introduction du Dr Walther Schükking sur la vie et les œuvres de Pufendorf.

scientifique, étant le précepteur des enfants de l'ambassadeur suédois à Copenhague. Son premier livre intitulé : « *Elementa jurisprudentiae universalis* » parut en 1660, lui fit acquérir une telle renommée, que nous le retrouvâmes bientôt professeur du Droit de la nature et des gens à Heidelberg et après 1670, en Suède à Lund. Mais bientôt il changea d'occupation et nous le rencontrons à Stockholm en 1677 où il était devenu historiographe officiel du roi de Suède jusqu'en 1686 quand il fut appelé à Berlin, toujours en qualité d'historien. C'est là qu'il est mort en 1694, comblé d'honneurs, dans une situation des plus florissantes, grâce aux libéralités de ses protecteurs.

La doctrine de Pufendorf apparaît dès son premier ouvrage publié en 1660 et se précisa en 1672, avec tous les détails nécessaires, dans sa grande publication *De jure naturae et gentium libri octo* qu'il fit paraître en abrégé en 1673 sous le titre de *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*. C'est dans cet ouvrage surtout que nous allons examiner la doctrine de Pufendorf en ce qui concerne particulièrement la coutume internationale. Dans le premier livre de l'œuvre citée, nous trouvons la définition du Droit naturel, clef de voûte de sa doctrine, car d'après notre auteur, il n'existe pas de Droit des gens différent du Droit naturel.

« Les lois de la sociabilité — dit Pufendorf — ou celles qui apprennent à l'homme de devenir un bon membre de la société humaine, sont les lois naturelles²⁴.

Cette définition est bientôt complétée par un autre « Dieu, est l'auteur de la loi naturelle; et encore il existe dans la conscience des hommes un sentiment qui nous indique qu'aller à l'encontre du Droit naturel c'est offenser Dieu²⁵. »

24. Pufendorf, *op. cit.*, liv. I, chap. III, n° 8.

25. Pufendorf, *op. cit.*, liv. I, chap. III, n° 11.

16. L'origine du Droit naturel une fois fixée, il est tout logique de se demander en quoi il consiste. A cette question, Pufendorf nous répond aussitôt que les lois de la nature sont dans la conscience humaine, elles sont tellement simples qu'il est facile de les découvrir et la sainte Bible dit aussi que la loi est écrite dans les cœurs des hommes²⁶.

Une fois fixés sur l'attitude de Pufendorf concernant le Droit naturel, il est temps de nous demander quelles sont ses idées sur le Droit positif et en particulier sur la coutume.

Sur le Droit positif contenu dans les traités son opinion est facile à prévoir. Les traités sont conclus entre certains Etats seulement, donc pour les autres, ils sont des « inter alios acta ». Du point de vue logique il a parfaitement raison, dans la réalité des faits, les choses se passent un peu autrement. Pourquoi et comment se passent-elles autrement ? c'est une question que nous examinerons en son temps ; ici, nous nous contenterons de remarquer que pour un auteur du xvii^e siècle Pufendorf a vu suffisamment clair.

Sur la coutume, alors, ses opinions sont non seulement inexactes, mais, ce qui est pis, dangereuses. Car d'après lui la coutume reposant sur le consentement tacite des Etats, chacun peut se soustraire en renonçant tant aux droits qu'aux obligations conférés par elle²⁷. Si nous admettons cette doctrine nous sommes obligés de reconnaître la faillite du Droit international coutumier. Il est vrai que plus loin Pufendorf apporte quelque atténuation en indiquant les moyens de contraindre l'Etat à respecter la coutume par les menaces de protestations diplomatiques, voire d'une guerre ; mais dans la suite il reconnaît que seul est décisif le recours aux armes.

26. Pufendorf, *op. cit.*, liv. I, chap. III, n° 12.

27. *Les Fondateurs du Droit international*, p. 357, et voir encore Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, liv. II, chap. III, § 23.

17. Cherchons maintenant à situer l'œuvre de Pufendorf dans sa véritable lumière, en pesant ses qualités et ses défauts. Voici ce que nous constatons : 1^o Une négation totale de caractère obligatoire de la coutume internationale; c'est-à-dire de l'élément social par excellence et 2^o une tendance accentuée de recourir, directement et pour la moindre solution, à l'idée du Droit naturel, à une notion extrêmement difficile qu'une transition seule aurait pu situer dans l'ensemble des autres idées et nous orienter sur le contenu de la solution cherchée.

Sa doctrine est ainsi le produit d'un esprit philosophique qui avait perdu tout contact avec la réalité, chose dont un juriste doit tenir compte sous peine de faire œuvre stérile. En effet Pufendorf est philosophe et pas du tout juriste. Le célèbre ouvrage de Hobbes²⁸ où le droit naturel est mis en relief avec une vigueur peu commune, a impressionné profondément notre auteur. D'autres influences sont encore à rappeler : celles de Montesquieu et de Grotius.

Le caractère vague, à priorique et dangereux de la doctrine de Pufendorf a provoqué une forte réaction de la part des philosophes : Voltaire, Diderot, Leibnitz sont unanimes à le trouver *vir parum jurisconsullus et minime philosophus*. De la part des jurisconsultes, pour ne citer que les plus connus, Rachel et Textor ont pris l'offensive en soulignant l'importance du droit positif dans les relations internationales.

Le caractère de cette étude nous empêche de nous étendre sur les arguments des philosophes et encore, parmi les juristes, nous choisirons seulement le plus intéressant des adversaires de Pufendorf, son compatriote Rachel.

18. Samuel Rachel né en 1628, était le sixième enfant du

28. Hobbes, *Elementa philosophica de cive*, Paris, 1642. Imperium, chap. XVI, § 4.

pasteur Mauritius Rachel²⁹. Son enfance et sa jeunesse furent très pénibles. Après de grosses difficultés d'argent, après avoir été pendant longtemps précepteur dans une famille aisée à l'instar de Pufendorf, Rachel fut reçu professeur à l'université de Helmstedten en 1658 et plus tard en 1665 à celle de Kiel. C'est pendant son activité de professeur à cette dernière université qu'il fit paraître en 1676 *Dissertationes de jure naturae et gentium*, ouvrage dont nous allons examiner ici la contribution à l'étude de la coutume internationale.

Rachel prend le contre-pied de la doctrine de Pufendorf en séparant soigneusement le Droit des gens du Droit naturel. Le Droit naturel indique à l'homme les buts qu'il doit atteindre en s'adressant exclusivement à l'instinct³⁰, c'est donc uniquement un droit instinctif; mais aujourd'hui, la plupart des lois naturelles recevant la sanction des lois arbitraires (j'emploie l'expression de Rachel), le domaine du Droit naturel est considérablement réduit. Une fois cette distinction bien accentuée, notre auteur insiste exclusivement sur le *jus arbitrarium*, dont le Droit des gens fait partie. Celui-ci revêt dans la pratique internationale deux aspects : la coutume et le traité.

La coutume que Rachel appelle encore *jus gentium commune* repose sur le consentement tacite des Etats membres de la communauté internationale. Mais alors surgit la question suivante : combien de volontés convergentes sont nécessaires pour conférer à une certaine règle de conduite la qualité de coutume ? Notre auteur fournit une solution vraiment remarquable : Il n'est pas nécessaire du consentement de toutes les nations du globe, nous ne les

29. Pour la biographie, voir la préface de Ludwig von Bar à l'œuvre de Rachel : *De jure naturae et gentium dissertationes*, Kiel, 1676, édition « Classics of International Law », texte latin, traduction anglaise par John Powley Bate.

30. Rachel, *op. cit.*, § 5.

connaissions même pas toutes, mais de quelques-unes seulement, les nations civilisées.

Si nous passons aux traités, l'opinion de Rachel se détache toute aussi avancée pour son époque. D'après lui les traités constituent le *jus gentium proprium* et leur force obligatoire est engendrée par le consentement exprès des nations qui les ont conclus.

Entre les deux catégories du Droit des gens, coutume et traité, il existe un rapport de dépendance, la première est la généralisation de la seconde. Cette idée dont nous ne saurions souligner suffisamment l'importance, constitue peut-être le plus beau mérite de Rachel. Elle est tellement riche de conséquences, que nous allons la reprendre avec tous les développements nécessaires dans la deuxième partie de cet ouvrage³¹.

La doctrine de Rachel laisse une impression de netteté, de clarté, de précision; malheureusement la forme est souvent lourde, aride et l'exposition difficile à suivre à cause de nombreuses citations qui obscurcissent au lieu d'éclaircir la pensée de l'auteur. Mais après avoir surmonté une difficulté de forme, le fond apparaît profond et bien équilibré. A nos yeux Rachel a une grande importance car il représente, le premier, le courant positiviste qui disputera pour longtemps la prééminence au Droit naturel.

Dans le sillon de Rachel nous trouvons un autre auteur, hollandais celui-là, né en 1673 à Zéland et descendant d'une riche famille de commerçants : Cornelius van Bynkershoek³².

19. Excellent romaniste et avocat à La Haye, il écrit de nombreux ouvrages sur le Droit romain, public et international, mais bientôt il entra dans la magistrature et devint

31. Rachel, *op. cit.*, § V, IX, XI, XXIII, XXXI et suiv., et voir surtout l'analyse du livre dans la préface de von Bar.

32. *Les Fondateurs du Droit international*, Paris, 1904, étude de M. Delpech, p. 384 et suiv.

président du tribunal suprême de La Haye, poste qu'il occupait lors de sa mort survenue en 1743.

Parmi les publications concernant spécialement notre science, rappelons les suivantes : « *De dominio maris dissertatio*³³, *De rebus bellicis* et *De fore legatorum* (1721).

La caractéristique dominante de Bynkershoek est son positivisme, c'est-à-dire qu'il exclut, au moins en apparence, le Droit naturel du domaine du Droit international. Pour Bynkershoek le Droit naturel n'existe pas.

Il fait procéder le Droit des gens de trois sources différentes : l'usage *usus* — (nous pourrions dire aussi bien la coutume car la différence entre coutume et usage est d'origine récente), les traditions — *mores* et le consentement exprès des Etats — *consensus gentium*.

Bynkershoek ne reconnaît à la coutume qu'une importance secondaire, attitude parfaitement logique de la part d'un positiviste, mais nous lisons dans la préface au lecteur de son ouvrage *De fore legatorum* le passage suivant : « *Nulla ullorum hominum auctoritas ibi valet si ratio repugnet*³⁴. »

Attribuer à la raison ce rôle d'arbitre signifie que la pratique internationale est incapable de fournir le critérium nécessaire pour distinguer ce qui est juste de ce qui ne l'est pas. Ce passage de Bynkershoek a une importance considérable. Pour le moment nous nous contentons de le signaler au lecteur, car plus tard nous aurons l'occasion de le reprendre avec tous les développements qu'il suggère.

Dans son ensemble l'œuvre de Bynkershoek apparaît comme le produit d'un esprit juridique, attaché aux réalités pratiques et souvent à travers le publiciste nous devinons le juge qu'il était. Ce caractère le différencie profondément

33. Bynkershoek, *De dominio maris dissertationes*, 2^e ed., Leyde, 1744, dans l'édition « *Classics of international Law* », texte latin, traduction anglaise par Ralph van Deman Magoffin, avec préface de J. Br. Scott, Oxford, 1923.

34. T. II, p. 161, *op. cit.*

de son contemporain, le Prussien Wolf, dont les penchants vers les mathématiques et surtout vers la philosophie ont influencé ses opinions sur le Droit des gens.

20. Christian Frédéric de Wolf³⁵ est né en 1679. De bonne heure, il manifesta des penchants pour les mathématiques et devint un admirateur passionné du grand Descartes. Mais bientôt ses études le portèrent vers Leibnitz et il resta jusqu'à la fin de sa vie le disciple de celui-ci.

La carrière scientifique de Wolf commença à l'université de Leipzig en 1702, en 1707, nous le trouvons enseignant les mathématiques et la philosophie à l'université de Halle, où il resta jusqu'en 1721 quand ses adversaires persuadèrent le roi Frédéric-Guillaume I^{er} que sa doctrine philosophique était dangereuse pour l'autorité royale et réussirent à obtenir du roi le bannissement de Wolf. Après l'avènement au trône de Frédéric II, le banni qui avait entre temps professé à l'université de Marbourg, fut réintégré dans sa chaire de Halle où il continua ses cours jusqu'en 1754, l'année de sa mort. Wolf eut une grande activité scientifique et fit de nombreux ouvrages sur la philosophie. Ses opinions sur le droit, en général, constituent la matière de huit gros volumes : « *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Francfort, 1748, que nous trouvons résumé dans son autre ouvrage : *Institutiones juris naturae et gentium*, Francfort, 1766, et enfin entre le grand ouvrage et le résumé de celui-ci, il fit paraître en 1765 et toujours à Francfort, un livre consacré spécialement au droit des gens : le *Jus gentium methodo pertractatum*.

Pour Wolf, l'origine première du droit se trouve dans la nature humaine³⁶, sous la forme du Droit naturel. De nombreuses circonstances dont nous n'avons pas à examiner

35. Voir sur Wolf, *Les Fondateurs du Droit international*, op. cit., l'étude de M. Olive, p. 447.

36. Wolf, *Institutiones juris naturae et gentium*, Francfort, 1766, §§ 1 et suiv.

ici ni la nature, ni le contenu, ont obligé l'homme à vivre en société et voilà comment s'est formé le Droit civil. Dans le domaine international les choses se sont passées d'une manière analogue et les Etats, qu'il assimile complètement aux personnes ont constitué une *Civitas maxima*³⁷.

Cette idée n'est pas très originale, nous la trouvons chez bon nombre de théologiens mais elle présente de l'intérêt car Wolf en extrait une conséquence vraiment extraordinaire. En effet, pour expliquer d'où proviennent les lois en vigueur dans cette *Civitas maxima* il admet une fiction, celle du « Chef de la Cité³⁸. »

Et pour justifier cette innovation il affirme tout simplement que les sciences ont besoin de fictions !

D'après Wolf les sources du Droit international peuvent se grouper sous les quatres points suivants : 1^o le droit naturel — celui de l'individu porté à l'échelle de l'Etat; 2^o le droit des gens volontaire — celui que le chef fictif de la *Civitas maxima* a légiféré; 3^o la coutume et 4^o les traités.

Il convient de remarquer ici, que la coutume n'est obligatoire, d'après notre auteur, qu'entre les Etats qui l'ont respectée d'une manière ininterrompue et qu'elle est obligatoire en vertu du pacte tacite conclu entre les dits Etats.

En ce qui concerne les autres sources : les traités reposent sur un pacte exprès, et le droit des gens volontaire sur un consentement présumé³⁹.

Telle que nous l'avons présentée la doctrine de Wolf paraît influencée par Leibnitz et Rousseau et constitue pour ainsi dire le prolongement de celle de Pufendorf.

L'existence de la *Civitas maxima* et surtout de la fiction qui lui assigne un chef, nous fait sourire aujourd'hui, mais quand même, cette conception renferme l'application d'un principe qui sera appelé à jouer un rôle de tout premier

37. Wolf, *Jus gentium, op. cit.*, prolog., §§ 9 et 10.

38. Wolf, *Jus gentium, op. cit.*, Prolog. § 21.

39. Wolf, *Jus gentium, op. cit.*, Prolog. § 25.

plan dans les transformations de notre science: le principe de la solidarité internationale.

21. Si nous jetons maintenant un coup d'œil sur le chemin parcouru jusqu'ici, nous remarquons que les auteurs précédemment étudiés peuvent se différencier en deux catégories distinctes : une première, représentée surtout par Rachel et par Bynkershoek, considère le Droit naturel tout à fait secondaire sinon inexistant; la seconde, au contraire avec Pufendorf et Wolf accentue la valeur du Droit naturel parmi les sources du Droit international.

Le premier à concilier ces tendances opposées est le philosophe et jurisconsulte suisse, Emerich de Vattel. Son œuvre est le trait-d'union non seulement entre l'Ecole positiviste et celle du Droit naturel, mais encore entre les fondateurs du Droit international et les nouvelles tendances de notre science et encore, à part ce caractère de conciliation et transition, elle renferme d'intéressantes contributions à l'étude de la coutume internationale.

22. Emerich de Vattel est né en 1714⁴⁰ d'une ancienne famille du canton suisse de Neuchâtel. Décidé d'abord à embrasser, à l'instar de son père, la carrière ecclésiastique, il changea bientôt d'avis et dirigea ses études sur la philosophie et le droit; mais à la différence de la plupart de ses prédécesseurs, Vattel ne brigua jamais de chaire universitaire. Ses goûts le portaient plutôt vers la politique, vers la diplomatie où d'ailleurs il réussit pleinement, grâce à ses mérites, mais grâce aussi aux relations qu'il avait à la cour du grand électeur, du roi de Prusse.

Son ascension fut très rapide. En 1746, il est conseiller d'ambassade et en 1749 ministre accrédité du roi de Prusse. Et ce fut pendant qu'il occupait ce poste à Berne, qu'il

40. *Les Fondateurs du Droit international*, Paris, 1904, l'étude sur Vattel par M. Mallarmé, p. 481 et suiv.

rédigea son grand traité : « Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains⁴¹. »

Mais bientôt les événements se précipitaient; les difficultés politiques que traversait la Prusse à cette époque ont déterminé Frédéric II à rappeler Vattel de Berne pour lui confier la lourde tâche de conseiller de cabinet. Vattel était maintenant à l'apogée de sa carrière. Malheureusement sa santé, qui fut toujours mauvaise, l'obligea à deux reprises d'interrompre ses occupations et malgré les soins dont sa famille l'entourait elle précipita sa fin. Vattel mourut en 1767, âgé de 53 ans à peine.

L'activité scientifique de Vattel s'est exercée sur le domaine du droit et sur celui de la philosophie. La liste de ses ouvrages est considérable, mais à considérer les choses de près, seul le traité sur le droit des gens a survécu à son auteur. En effet, cet ouvrage a connu un succès extraordinaire. Nous possédons un grand nombre de traductions : italiennes, anglaises, allemandes et espagnoles à part les treize éditions françaises !

Cette voque extraordinaire de Vattel est due à la clarté de son style et encore au fait que c'est le premier traité de droit international écrit directement en français, c'est-à-dire dans une langue vivante et répandue, et par conséquent beaucoup plus accessible au gros public que le latin de Wolf et de ses prédécesseurs.

Pour la partie philosophique de sa doctrine, Vattel s'est inspiré largement de Leibnitz et la place qu'il fait au Droit naturel est des plus importantes, le titre de l'ouvrage même l'indique. Mais il est juste de remarquer à ce propos, qu'il ne tombe jamais dans les exagération de Pufendorf et de Wolf, car il reconnaît qu'à lui seul, le Droit naturel est incapable de

41. *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, édition de 1758 dans la collection « Classics of International Law », avec une introduction de M. A. de Lapradelle, Washington 1916.

surmonter les nombreuses difficultés qui surgissent dans la pratique courante. Les lois politiques sont indispensables et lois politiques dans le vocabulaire de Vattel signifient le Droit positif.

Ce n'est pas le seul point du reste sur lequel notre auteur se sépare de Wolf. En effet, la *Civitas maxima* et son chef, la fiction du jurisconsulte prussien est remplacée dans la conception de Vattel par la Société des Nations⁴². Pour le XVIII^e, cette appellation n'est pas tout à fait réussie, car à cette époque les frontières politiques des Etats ne correspondaient guère aux frontières des nations et par conséquent Société des Etats aurait fait mieux peut-être.

Dans la Société des Nations, pour conserver l'expression de Vattel, les Etats sont soumis à certaines règles juridiques, qui sont le produit des relations entre les Etats membres de ladite société. L'ensemble de ces règles constitue le Droit des gens volontaire⁴³. Nous avons trouvé chez Wolf la même terminologie mais en réalité entre la conception de celui-ci et celle de Vattel, il existe une grande différence : la première attribue au chef fictif de la *civitas maxima* le pouvoir de légiférer le Droit des gens volontaire, tandis que notre auteur attribue à cette espèce de droit des gens un caractère exclusivement social⁴⁴.

En cette dernière qualité le Droit des gens volontaire est quelquefois en opposition avec le Droit des gens naturel. Cette opposition rappelle la théorie de J.-J. Rousseau : l'Etat, à l'exemple de l'individu, a dû renoncer à une certaine catégorie de droits pour entrer dans la Société des Nations. Le renoncement apparaît clairement dans le passage suivant : « Il est nécessaire qu'en beaucoup d'occasions les nations souffrent certaines choses bien qu'injustes et condamnables en elles-mêmes, parce qu'elles ne pourraient s'y opposer

42. Vattel, *op. cit.*, Préliminaires, § 13.

43. Vattel, *op. cit.*, Préliminaires, § 21.

44. Vattel, *op. cit.*, Préface de l'auteur, p. XVII.

par la force sans violer la liberté de quelqu'une et sans détruire les fondements de leur société naturelle⁴⁵ ».

23. Cette distinction nous paraît très judicieuse; elle a le grand mérite de souligner que le Droit international tel qu'il existe en pratique est souvent international sans être équitable et nous trouvons dans le même paragraphe, une observation dont la précision et la clarté sont admirables : « .. Droit des gens nécessaire, Droit des gens volontaire; ces noms sont assez indifférents. Ce qui est vraiment important c'est de distinguer soigneusement deux sortes de droit : afin de ne jamais confondre ce qui est juste et bon en soi avec ce qui est toléré seulement par la nécessité⁴⁶.

A regarder de près, cette distinction n'est autre que l'ancienne conception de Grotius, mais à la différence du grand Hollandais qui reste absolument neutre entre le Droit naturel et le Droit positif, Vattel penche tantôt vers l'un, tantôt vers l'autre. Cette constatation n'est pas pour nous surprendre, car il faut avoir toujours présent à l'esprit que l'auteur du « Droit des gens » était ambassadeur et que par conséquent dans son livre il tempéra le droit par la politique. Pareille critique a été dirigée fréquemment contre Vattel et on est même arrivé à dire que, dans son ouvrage, on trouve sur beaucoup de questions des arguments tout aussi forts pour soutenir le pour et le contre.

Laissons maintenant le Droit naturel de côté et voyons quelles sont d'après Vattel les sources de la nuance positiviste de notre science. Elles sont au nombre de deux : la première est constituée par le Droit des gens volontaire, sur celui-ci les développements antérieurs nous dispensent d'insister; la seconde source appelée Droit des gens arbitraire, contient les traités et la coutume.

Cette dernière source repose sur le consentement des na-

45. Vattel, *op. cit.*, Préliminaires, § 21.

46. Vattel, *op. cit.*, Préface, p. XXI.

tions qui peut-être exprès (les traités) ou tacite (la coutume).

Le consentement une fois donné, oblige les Etats, « Coutumes et traités tirent toute leur force du Droit naturel, qui prescrit aux nations l'observation de leurs engagements, exprès ou tacite; le même Droit naturel doit régler la conduite des Etats, par rapport aux traités qu'ils concluent, aux coutumes qu'ils adoptent⁴⁷. »

Du passage précédent, nous tirons une conséquence importante : le règle « *pacta sunt servanda* » est du droit naturel. Personnellement, je n'entends pas souscrire complètement à cette conclusion, j'estime que le traité se suffit en grande partie à lui-même, mais je trouve utile de souligner cette opinion de Vattel car elle a été reprise depuis par bon nombre d'auteurs.

24. Une fois déterminé, sur quoi reposera la force obligatoire de la coutume, il continua ses recherches, tâchant de préciser la nature de celles-ci : « Lorsqu'une coutume, un usage est généralement établi, soit entre toutes les Nations policées du monde, soit seulement entre toutes celles d'un continent, de l'Europe, par exemple, ou celles qui ont ensemble un commerce plus fréquent, si cette Coutume est indifférente en soi, et à plus forte raison si elle est utile et raisonnable, elle devient obligatoire pour toutes ces nations-là, qui sont censées y avoir donné leur consentement; et elles sont tenues à l'observer les unes envers les autres, tant qu'elles n'ont pas déclaré expressément ne vouloir plus la suivre. Mais si cette coutume renferme quelque chose d'injuste ou d'illicite; elle n'est d'aucune force et même toute nation est obligée de l'abandonner, rien ne pouvant ni l'obliger, ni lui permettre de violer la loi naturelle⁴⁸. »

47. Vattei, *op. cit.*, Préface, p. XX-XXI.

48. Vattel, *op. cit.*, Préliminaires, § 26.

Deux idées se dégagent ici : l'une considère que toute coutume non conforme au droit naturel peut être méconnue impunément; l'autre qu'on peut déroger par déclaration unilatérale à n'importe quelle coutume, même aux coutumes justes et licites.

Ces conclusions détruisent toutes les constructions doctrinaires que Vattel a si laborieusement érigées sur la nature des coutumes. Le reflet de la coutume internationale dans l'œuvre de Vattel, présente quelques particularités qu'il est bon de résumer ici. Très original, il n'est pas, ses conceptions ne dépassant en rien celles de ses prédécesseurs. La coutume est toujours à base de consentement et encore Rachel a été plus près de la vérité quand il estime que pour l'établissement d'une règle coutumière, le consentement de quelques nations civilisées serait suffisant. Pour Vattel la coutume est absolument le pendant du traité, cela signifie que les nations qui y sont soumises sont bien définies, autrement dit, son caractère de contrat à consentement tacite est très accentué, même trop.

Malgré tous ces défauts dont nous nous garderons bien d'exagérer l'importance, Vattel occupe un plan de tout premier ordre parmi les représentants de notre science. Son autorité est grande dans tous les pays et en Amérique surtout il a été fréquemment cité tant dans les ouvrages de doctrine, que devant les tribunaux.

Dans la préface que M. de Lapradelle a écrite à l'ouvrage que nous venons d'analyser, il nous montre les causes qui ont contribué au renom de Vattel et traçant une parallèle entre Grotius et celui-ci, conclut en faveur du Hollandais. Cette attitude n'est pas pour nous étonner, car pour ceux qui demandent aux juristes précision et clarté, Grotius reste la figure la plus intéressante du *xvii^e* siècle.

25. Arrivés à la fin de l'étude de cette catégorie d'internationalistes qu'on appelle couramment les fondateurs de notre science, attirons encore une fois l'attention du

lecteur sur une remarque faite déjà précédemment mais dont l'importance est tellement grande que toutes les doctrines gravitent autour d'elle.

Cette remarque consiste en ceci : la distinction entre le Droit positif et le Droit naturel est l'œuvre de Grotius. Chaque partie de notre science est indépendante, autrement dit, chacune a ses sources propres.

Nous aurons par conséquent, d'une part des coutumes et traités de droit positif, d'autre part les mêmes sources teintées de droit naturel.

En présence de ces idées, les successeurs de Grotius ont essayé de construire l'unité du Droit international en subordonnant soit le Droit naturel au Droit positif, soit le Droit positif au Droit naturel.

La première conception conduit à la négation totale du Droit naturel; la seconde à un amoindrissement considérable du Droit positif; et quand Vattel a voulu concilier les deux il a lamentablement échoué.

Heureusement le Droit international est allé plus loin. Au matériel que les publicistes ont employé à concevoir leurs doctrines, est venu s'ajouter un matériel nouveau, que les relations entre Etats ont fourni en quantité considérable. Par là notre science prit un nouvel essor et dans le chapitre suivant, nous examinerons les répercussions de ces transformations sur le sujet qui nous intéresse ici, sur la coutume internationale.

CHAPITRE III

LES DOCTRINES MODERNES

26. Après Vattel, le Droit des gens subit un développement considérable. De nouvelles tendances se font jour et pour examiner leurs influences sur la conception doctrinaire de la coutume internationale, il est nécessaire de les grouper d'après certains caractères communs, sous diverses dénominations, et d'analyser ensuite chacune des catégories ainsi créées. Mais de nombreuses difficultés surgissent quand il s'agit de mettre ce projet à exécution. Et la première qui saute aux yeux, est évidemment celle de trouver des différences assez profondes pour ne pas encourir le reproche de classification artificielle.

Sur ce problème s'est exercée la pénétrante sagacité de l'éminent jurisconsulte et diplomate Alejandro Alvarez, dans un article publié en 1920 dans la *Revue de Droit international et de législation comparée*⁴⁹.

M. Alvarez pense qu'il existe seulement trois grandes écoles de Droit international: l'Ecole anglo-saxonne, l'Ecole pan-américaine et l'Ecole continentale ou latine ou française.

Une telle classification nous paraît difficilement acceptable, car elle suscite deux objections irréductibles dont la

49. A. Alvarez, Le nouveau droit des gens, dans la *Revue de Droit International et de législation comparée*, année 1920, p. 149 et surtout p. 153.

gravité ne pourrait échapper à personne. La première objection est suggérée pour le mot *latine* (école continentale ou latine ou française) et par l'expression *anglo-saxonne*.

Si nous admettons — avec M. Alvarez — une classification fondée sur la race, alors il faut tenir compte que l'Amérique du Sud est latine et l'Amérique du Nord anglo-saxonne. Par conséquent, l'Ecole pan-américaine disparaîtra, moitié dans l'Ecole latine, moitié dans l'Ecole anglo-saxonne.

Le second défaut est une lacune regrettable qui consiste dans le complet oubli des Ecoles allemande et autrichienne. Les opinions d'un Triepel, d'un Strupp en Allemagne, celles de Kelsen et de Verdross en Autriche, pour ne parler que des plus connues, sont aujourd'hui d'une telle importance pour le Droit international et surtout pour la partie générale de notre science, qu'on ne pourrait avoir une vue d'ensemble sur sa physionomie actuelle, sans les étudier soigneusement. Telles sont les raisons qui nous ont déterminé à rejeter la classification de M. Alvarez et à en adopter une autre.

27. Tout d'abord, nous avons pensé choisir les chefs d'école et grouper autour d'eux leurs collaborateurs et disciples. Mais une telle méthode, excellente en théorie, devait se heurter à de graves difficultés en pratique.

Nous avons ensuite pensé diviser les internationalistes en positivistes et en partisans du Droit naturel et faire éventuellement une catégorie à part de ceux qui cherchent à concilier les deux tendances précédentes.

Après mûres réflexions, nous avons abandonné ce système aussi, en nous arrêtant à un troisième et dernier, d'après lequel nous avons essayé de constituer les écoles d'après les limites politiques des Etats sans en tirer toutes les conséquences qu'un tel système pourrait suggérer, c'est-à-dire sans considérer chaque Etat comme l'assiette d'une école distincte.

L'ordre de nos recherches est ainsi arrêté dès à présent et nous allons étudier successivement les Ecoles franco-belge, germano-autrichienne, italienne, anglo-américaine et ibéro-américaine, dans la limite, bien entendu, dans laquelle elles ont contribué à fixer la conception doctrinaire de la coutume internationale.

La méthode adoptée est loin d'être parfaite, elle nous expose à de nombreuses répétitions, car l'échange d'idées entre les représentants de notre science est aujourd'hui plus fréquente que jamais et cet échange n'est pas sans laisser des traces. Mais, à tout prendre, cette méthode nous paraît la plus acceptable, pour arriver au but que nous nous proposons ici : mettre sous les yeux du lecteur une synthèse des principales opinions doctrinales, touchant le sujet de notre étude.

1. L'Ecole franco-belge.

28. Dans la première moitié du XIX^e siècle, nous assistons à la renaissance du Droit international. La France, affaiblie par les guerres napoléoniennes, se retrancha derrière les principes du droit et il n'est pas sans intérêt de remarquer que le rôle de tout premier plan joué par Talleyrand au Congrès de Vienne, est dû en grande partie à l'habileté du diplomate qui se transforma pour la circonstance en juriste. Et grâce à cette attitude, nous assistons à un fait vraiment paradoxal : la France, humiliée et vaincue, la France de la Bérézina et de Waterloo menait le jeu au lendemain de sa défaite. Cette attitude valut de grands progrès au Droit des gens, et nous avons une preuve éclatante dans la déclaration signée à côté du traité de paix et portant sur la traite des noirs; dans les règlements sur le rang des agents diplomatiques, et enfin dans les dispositions de même nature prises sur la navigation fluviale, et signées à la même occasion. Le

mouvement en faveur de notre science se poursuivait et parmi ses représentants les plus illustres, il faut citer le grand jurisconsulte Louis Renault (1843-1918), professeur à la Faculté de droit de Paris.

29. Renault fut mêlé de près à la vie internationale, car en dehors de son activité dans l'enseignement, il siégea en qualité de juge à la Cour permanente d'arbitrage. L'autorité dont il jouissait était tellement grande, que sur la liste des juges de La Haye, le choix des Etats s'arrêtait le plus souvent sur lui, et bientôt il fut le juge à totaliser le plus grand nombre de séances.

Cette activité dans le domaine pratique de notre science, ne fut pas sans effet sur l'enseignement du professeur, car Renault reconnaît le Droit naturel, mais lui assigne une place modeste et sans influence sur le Droit positif — le dernier repose exclusivement sur le consentement des Etats et suivant que celui-ci est exprès ou tacite, nous avons affaire aux traités ou à la coutume⁵⁰. La distinction entre l'usage et la coutume a été reprise tout récemment; Renault emploie les deux expressions sans leur attribuer des significations différentes. Sur l'interprétation qu'on donne aujourd'hui à chacune de ces expressions, nous ne pouvons pas nous arrêter ici. Cette question sera reprise avec tous les développements nécessaires dans un prochain chapitre.

La doctrine de Renault apparaît ainsi essentiellement pratique. Il n'essaye pas de rattacher les phénomènes juridiques à leur cause première, de contempler pour ainsi dire les réalités de chaque jour des sommets d'un système d'ensemble. Renault n'est pas philosophe, qualité indispensable pour embrasser l'ensemble d'une science, qualité que possédait, à un haut degré, un autre brillant représen-

50. L. Renault, *Introduction à l'étude du Droit international*; Paris, 1879, §§ 24 et 28.

tant du Droit international en France, le regretté Antoine Pillet.

30. Pillet, qui fut aussi professeur à la Faculté de droit de Paris, dirigea ses recherches sur les deux aspects du Droit des gens, professant tour à tour le Droit international public et le Droit international privé; pour employer l'heureuse expression de M. de Lapradelle, « Pillet fut un internationaliste complet⁵¹ ».

Pour pouvoir se former une opinion sur les idées du maître concernant la coutume internationale, il est bon de suivre leur développement par ordre chronologique. Dans un article qu'il publiait en 1894 dans *La Revue générale de droit international public*⁵² — dont il était l'un des fondateurs — Pillet établit une distinction entre le Droit international nécessaire (que nous pouvons appeler encore spontané) et le Droit international conventionnel ou volontaire. Ce dernier est constitué par les conventions expresses et les usages reçus. Sur cette expression : les usages reçus, la coutume dirons-nous aujourd'hui, le maître est bref : sa principale fonction serait de « donner plus de consistance à la courtoisie ».

Une remarque importante s'impose sur la terminologie de Pillet : ses distinctions générales ne s'arrêtent pas ici, car à part le Droit international nécessaire, le Droit international volontaire, il reconnaît encore l'existence du Droit naturel et d'un Droit commun de l'humanité. Ces classifications rappellent un auteur étudié précédemment et le lecteur attentif aurait vite fait de l'identifier à Vattel. Du point de vue scientifique, nous ne retenons qu'une seule classification : celle du Droit naturel que Pillet considère

51. A. de Lapradelle, Antoine Pillet, sa vie, son œuvre, dans la *Revue de Droit international*, 1927, p.

52. A. Pillet, Le droit international public, ses éléments constitutifs, son domaine, son objet. article reproduit dans les *Mélanges Pillet*, p. 227; voir surtout p. 241 et 243.

« un idéal de justice composé de raison et de sentiment⁵³ ».

Bientôt toutes les autres distinctions sombrèrent dans l'oubli et nous trouvons dans une maîtresse étude publiée en 1899 sur les « droits fondamentaux des Etats », des aperçus nouveaux, dont l'originalité et la profondeur sont incomparables. L'idée qui domine tout l'exposé est que l'indépendance des Etats est une notion creuse, qui n'a plus de valeur aujourd'hui, les véritables rapports entre les membres de la communauté sont plutôt des rapports de dépendance ou, pour employer l'expression de Pillet : « Une même loi gouverne la vie des individus et la vie des peuples : la loi de l'interdépendance et plus cette vie se perfectionne, plus cette charge d'interdépendance devient constante et lourde ».

Une fois ce principe dégagé, le savant professeur analyse quelques-unes de ses applications pratiques. Et dans cet ordre d'idées nous trouvons : à la page 321 des considérations sur la navigation fluviale — nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que la navigation maritime y présente beaucoup d'analogie; à la page 323, sur le droit de la guerre et enfin à la page 333, sur les privilèges diplomatiques.

Sur tous ces sujets, le raisonnement de Pillet est impeccable; mais n'est-il pas curieux de trouver sous sa plume, justement les questions auxquelles la coutume internationale a le plus contribué ? Et si nous admettons avec Pillet, ce qui du reste est aussi notre conviction, que l'interdépendance est le facteur déterminant des relations internationales, ne faut-il pas faire un pas de plus et reconnaître que le consentement est une base bien insuffisante pour donner force obligatoire au droit coutumier ?

Pillet ne l'a pas fait. Il n'a pas tiré les conclusions riches de conséquences du principe qu'il a mis en vedette avec cette méthode forte et suggestive qu'était la sienne.

53. A. Pillet, *Les Fondateurs du Droit international*, Paris, 1904; ouvrage écrit en collaboration. La Préface est seule de Pillet, p. XIX.

31. Avec André Weiss, lui aussi ancien professeur à la Faculté de droit de Paris, nous retrouvons un continuateur de la tradition juridique qu'avait inaugurée de manière si éclatante Louis Renault. Son positivisme à outrance — tempéré seulement dans une communication qu'il fit à l'Académie des Sciences morales et politiques — apparaît autant dans ses ouvrages de doctrine que dans l'opinion dissidente qu'il émit en qualité de juge à la Cour permanente de Justice internationale, sur l'arrêt, rendu par cette Cour, à propos de l'affaire du *Lotus*.

« Le Droit international — dit André Weiss — ne naît pas de l'accumulation des opinions et des systèmes; il ne tire non plus sa source de l'addition d'arrêts de justice même lorsqu'ils sont concordants. Ce ne sont là que des moyens d'en découvrir quelques aspects, d'en dégager quelques principes et de donner à ces principes une formule satisfaisante. A vrai dire, le Droit international n'a d'autre source que le *consensus omnium*.

Lorsqu'il apparaît que toutes les nations dont se compose la communauté internationale, sont d'accord pour accepter et pour appliquer dans leurs rapports naturels une règle de conduite déterminée, cette règle passe dans le droit international et devient une de celles dont la Convention de Lausanne a recommandé l'observation aux Etats signataires⁵⁴. »

La conception du savant professeur nous paraît assez difficile à comprendre : Les « *quelques aspects, les quelques principes dégagés en formule satisfaisante* » ne jurent-ils pas avec la seule source du droit, le « *consensus omnium* » ? Si nous admettons cette dualité de sources à laquelle faut-il attribuer la coutume ? Examinées ainsi, les choses deviennent beaucoup plus compliquées qu'on ne l'avait cru au premier abord. Toujours est-il que la doctrine positiviste

54. Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série A, n° 10. Affaire du « Lotus », arrêt n° 9. Opinion dissidente de M. Weiss, p. 43.

de l'Ecole française s'est maintenue pendant longtemps et si nous feuilletons les manuels de cette époque, comme par exemple celui de Pradier-Fodéré⁵⁵ de Laurent⁵⁶ ou de Mérignac⁵⁷, de Despagnet⁵⁸, nous trouvons une conception analogue, à savoir, celle d'une coutume pacte tacite reposant soit sur un consentement de même nature, soit sur un consentement présumé.

Une telle conception a de nombreux avantages : elle est simple, elle est claire, elle satisfait le praticien qui a hérité du Droit civil l'habitude d'interpréter les contrats. Si elle est exacte c'est une toute autre question que nous n'examinerons pas dans ce chapitre, mais dont la solution sera cherchée dans la suite de notre étude.

Ce que nous essayons de mettre ici en relief, c'est l'unanimité presque absolue de la doctrine française sur ce point et la timidité de pousser les recherches sur des plans plus élevés, de tenter une construction d'ensemble sur cette partie du droit des gens.

32. Un des premiers à rompre avec la tradition a été M. Basdevant, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris, dans un article publié en 1904, dans la « *Revue générale de droit international public* ». Ce consentement, écrit M. Basdevant, est bien une source primordiale essentielle, c'est la « *nécessité* » entendue dans un sens un peu large, la considération du bon ordre international et le consentement ne crée le droit que parce que l'observation des promesses faites est une condition de ce bon ordre. Par suite, si en fait, une contradiction trop violente vient à surgir, entre la règle consentie et le bon ordre international, la première doit céder, doit être mise de côté parce qu'elle

55. Pradier-Fodéré, *Traité de Droit international public européen et américain*, Paris, 1885, p. 24 et 28, vol. I.

56. Laurent, *Droit civil international*, t. I, p. II.

57. Mérignac, *Traité de Droit public international*, Paris, 1905.

58. Despagnet, *Cours de Droit international public*, Paris, n° 56, p. 70-71.

n'est que secondaire et que seul le bon ordre international est essentiel⁵⁹ ».

Voilà, dit M. Basdevant, la clef de voûte du droit des gens : c'est le bon ordre international, la *necessitas* entendue dans un sens « un peu large ».

Je n'entre pas dans les origines philosophiques de ce principe; du reste je n'en ai nullement besoin, car je le trouve déjà rappelé dans l'article 6 du Code civil français; pour ne citer que celui-ci, car le principe dont nous nous occupons ici a été adopté par un grand nombre de législations de tous les pays. Dans l'article 6 du Code civil français l'ordre public est associé aux bonnes mœurs : « *On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

L'ordre public en droit interne est essentiellement légal. Supposons que nous trouvions un critérium pour distinguer quelles sont, parmi les lois d'un pays, celles auxquelles on ne peut déroger : le problème est résolu.

Passons maintenant sur le terrain du Droit des gens. Si nous voulons appliquer la méthode précédente, il est peu probable d'aboutir. Pourquoi ? Parce qu'en Droit international nous n'avons pas suffisamment de lois pour dégager une conception d'ordre public international. Alors, comment déterminer si telle coutume est conforme ou telle autre contraire à cet ordre indéterminable ? M. Basdevant a senti la difficulté et il a essayé de la résoudre; voilà le sens : « *C'est la necessitas étendue dans un sens un peu large* ».

Même un peu « *élargie* » la *necessitas* est insuffisante pour expliquer le droit, à moins que — ce que je ne crois pas être l'intention de M. Basdevant — il ait vu une parenté entre la *necessitas* et la plus discutée de toutes les constructions du Droit international, l'état de nécessité.

59. J. Basdevant dans la *Revue générale de Droit international public*, t. XI, étude publiée sous le titre : *L'action coercitive anglo-germano-italienne contre le Vénézuéla*.

Si je ne me trompe, et cette parenté existe dans l'esprit de M. Basdevant, alors il réduit le droit à néant, car si on peut définir une règle par son exception, on ne peut la fonder sur l'exception même, et l'état de nécessité est justement un concours de circonstances qui par nature échappent aux règles de droit. Mais encore une fois, je ne crois pas que M. Basdevant, envisage la *necessitas* comme la limite de ce qui peut être organisé juridiquement, j'ai plutôt l'impression qu'il appelle *necessitas*, simplement les nécessités sociales qui exigent une coordination de notre science.

Cette remarque, dont il ne faut exagérer l'importance, constitue un aspect secondaire du système de M. Basdevant; ce qu'il accentue et considère comme point central de son développement, c'est l'ordre public international. Or, nous croyons avoir suffisamment insisté sur les difficultés insurmontables que présente son identification dans l'état actuel de l'organisation internationale. L'opinion que nous venons d'examiner ici, est le dernier reflet d'une doctrine qui interdisait au juriste l'accès de la philosophie : On lui disait : le droit c'est l'ordre public; si vous vous risquez plus loin, ce n'est plus du droit que vous faites, vous empiétez sur la morale, sur la métaphysique, ce n'est plus votre affaire.

Depuis, M. Basdevant a changé peut-être d'opinion car au cours professé à la Faculté de Droit de Paris, il indique à l'exemple de Grotius, les deux tendances qui divisent encore notre science : celle des positivistes et celle des partisans du droit naturel sans prendre part ni pour les uns, ni pour les autres.

33. Cette attitude ne paraît pas partagée par son collègue M. de Lapradelle, lequel fait reposer les relations internationales sur une idée plus large et plus humaine, sur l'idée de justice. Entre l'« Ordre public international » et l'idée de « justice », il existe une différence profonde : la première est *souvent* la conséquence de la seconde. Je dis *souvent*,

car l'ordre public international a un caractère essentiellement utilitaire et ce qui est utile n'est pas toujours justé. Dans la conception de M. Basdevant, je parle de celle de 1904, l'ordre public est une notion d'équilibre plutôt qu'une notion de justice et Vattel a très bien compris cette différence quand il écrit que les états doivent sacrifier quelques-uns de leurs droits, à la communauté, justement pour ne pas déranger cet équilibre.

La conception de M. de Lapradelle reflète celle d'un autre grand esprit qui a exercé une profonde influence, non seulement en France mais encore bien au delà de ses frontières, d'un esprit dont les recherches sur la philosophie du droit ont connu un succès sans précédent auprès des juristes de tous les pays et de toutes les nations je veux nommer ici la forte personnalité de Léon Duguit.

34. L'œuvre du doyen de la Faculté de droit de Bordeaux est beaucoup trop complexe pour pouvoir être examinée en entier dans le cadre de notre sujet. Nous nous bornerons seulement à tracer une esquisse des conceptions qui sont en étroite relation avec notre science et surtout avec la coutume internationale.

Pour Duguit le droit est antérieur et extérieur à l'Etat⁶⁰. Toute règle d'origine économique ou sociale que l'ensemble des consciences individuelles — la conscience collective n'existant pas pour Duguit — sent la nécessité de rendre obligatoire, devient règle de droit, par un simple procédé d'enregistrement dont l'Etat détient le monopole, par la confection d'une loi. Transposée sur le plan du Droit international, cette conception produit une conséquence des plus importantes : la coutume n'est plus sujette au consentement⁶¹. Elle s'impose aux Etats avec la force qu'elle puise en elle-même, étant conforme à ce que Duguit appelle le droit objec-

60. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, éd. 1921, Paris, vol. I, p. 65.

61. Duguit, *op. cit.*, vol. I p. 75.

tif. Opposé au droit objectif, le droit subjectif change de signification dans la conception de notre auteur; en effet, tout antagonisme entre les deux notions disparaît et pour Duguit le droit subjectif devient subordonné, limité par le droit objectif qui existe et régit seul les relations entre Etats.

Cette conception, totalement différente de celles examinées précédemment, a été reprise et approfondie par deux jurisconsultes de haute valeur : M. Le Fur, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris et par M. de Visscher, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Gand.

35. M. Le Fur est en France le représentant le plus qualifié de la nouvelle Ecole du droit naturel que lui-même appelle tantôt de ce nom, tantôt de celui de l'Ecole du droit objectif, rappelant par cela la parenté qui l'unit à la doctrine de Duguit. Pour M. Le Fur, le Droit naturel est la quintessence de toute notre science. Son contenu est simple et peut être ramené à trois propositions : 1° on est obligé de respecter les engagements pris; 2° on est obligé de réparer tout préjudice injustement causé; et 3° on doit respecter le principe d'autorité qui préside à toute organisation de société interne ou internationale⁶².

Nous n'entrons pas dans l'examen du Droit naturel selon la conception de M. Le Fur; une telle étude dépasserait notablement le cadre que nous nous sommes tracé. Mais ce qui est indispensable à souligner, c'est que tout traité, toute coutume, enfin l'activité internationale de l'Etat, prise dans son ensemble, ne peut se mouvoir que dans la limite du Droit naturel et par conséquent, la volonté de l'Etat est impuis-

62. Le Fur, Le Droit naturel ou objectif s'étend-il aux rapports internationaux ? (*Revue de Droit international et de législation comparée*, 1925, p. 59) et encore du même auteur, Le droit naturel depuis le xvii^e siècle et la doctrine moderne, Cours professé en 1927; voir le *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. XVIII, p. 362 et suiv., surtout p. 389-391.

sante à briser juridiquement ces limites. Et M. Le Fur trouve un argument très fort en faveur de sa thèse : l'article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale⁶³, article d'une importance capitale pour dégager la valeur de la coutume internationale en droit moderne et dont l'étude sera poursuivie avec tous les détails nécessaires dans la seconde partie du présent ouvrage.

36. La doctrine fortement charpentée de M. Le Fur trouve son écho en Belgique sous le plume de M. Charles de Visscher. L'influence de Duguit est évidente sur les conceptions de M. de Visscher, néanmoins, il faut accentuer qu'il ne l'a pas suivi dans les conséquences extrêmes de ses opinions. Duguit est philosophe; son jugement porté vers les abstractions ne craint pas de monter les cimes les plus hautes, d'arriver aux conclusions les plus hardies. Quand Duguit conteste les droits fondamentaux, ce qui n'est du reste que la suite logique d'une négation encore plus grave : celle de la personnalité de l'Etat; M. de Visscher s'arrête et il fait bien⁶⁴. Le juriste, chez lui, triomphe du philosophe.

Mais le point de départ est le même; et encore ce qui rend particulièrement précieuse l'étude de M. de Visscher, ce sont les développements qu'il a consacrés aux relations entre coutume et traité.

L'esprit positiviste aimait les oppositions, les contrastes. Quand il considérait les sources du Droit international, il assignait à chacune son domaine propre et des cloisons étanches les séparaient rigoureusement. M. de Visscher prouve cette séparation factice, artificielle et réussit à nous convaincre qu'entre ces deux sources existent de nombreux

63. Le Fur, *Le droit naturel depuis le xvii^e siècle et la doctrine moderne, op. cit.*, p. 362-363. Voir encore l'article de M. Le Fur, publié dans la *Revue de Droit international* (de Lapradelle-Politis), année 1927. Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique, p. 658 et suiv.

64. De Visscher, La codification du Droit international, dans le *Recueil du Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. VI, p. 349 et suiv.

rapports, que tout un passé historique explique, que toute la vie internationale, justifie.

La distinction judicieuse entre sources formelles et sources matérielles est exposée ici avec beaucoup d'habileté, en ce sens que ce qui est considéré ailleurs comme catégorie juridique est ramené ici à sa juste valeur, celle de simple procédé de technique législative⁶⁵.

Mais il existe un point sur lequel les opinions de M. de Visscher nous paraissent sujettes à caution. Après avoir cité Duguit : « Si la coutume constitue une règle obligatoire, ce n'est pas par elle-même, mais simplement parce que les procédés qui résultent de l'usage ont pour but et pour effet de réaliser une norme juridique qui est obligatoire par elle-même⁶⁶ ; — notre auteur revient à l'opinion traditionnelle et affirme que la force obligatoire de la coutume repose sur le consentement tacite de l'Etat. Il est juste d'ajouter que M. de Visscher a senti la contradiction et, prenant les devants, il essaie de nous persuader que cette contradiction est seulement apparente et que le consentement requis pour rendre obligatoire une règle coutumière est une question de technique sur laquelle il ne convient pas de s'arrêter. L'observation est importante, elle met en évidence le caractère essentiellement technique des règles internationales coutumières, elle en explique le caractère souvent artificiel et la valeur purement relative⁶⁷.

Disons-le tout de suite ; cette explication nous paraît insuffisante. Une critique complète ne serait pas ici à sa place, car elle nous conduirait à des répétitions sans fin dans la seconde partie de cet ouvrage, partie consacrée spécialement à l'analyse de notre sujet. Les arguments que nous opposerons aux auteurs qui estiment que le consente-

65. De Visscher, La codification du Droit international, *op. cit.*, p. 349-350.

66. Léon Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, vol. I, p. 75, 4 vol., Paris, 1923.

67. De Visscher, La codification du Droit international, *op. cit.*, p. 353.

ment constitue le fondement et la valeur obligatoire de toute règle coutumière, nous serviront aussi à réfuter les opinions de M. de Visscher et à montrer en même temps l'insuffisance de son explication.

37. Avec ce dernier auteur, nous croyons avoir, sinon analysé en détail les diverses conceptions de l'Ecole franco-belge, du moins tracé l'aspect général que reflètent les opinions des jurisconsultes examinés sur les problèmes délicats et difficiles que soulève la coutume internationale. Notre but n'est pas de faire passer une à une les doctrines des auteurs étudiés, sous les yeux du lecteur; notre but est tout autre, il consiste à présenter une série de transformations successives que le sujet de cette étude a subies à travers les divers systèmes doctrinaux, à déterminer la courbe évolutive qui nous aidera à examiner et à comprendre son aspect actuel.

2. Les Ecoles allemande et autrichienne.

38. Pour examiner les opinions des juristes de langue allemande sur la coutume internationale, il est indispensable de s'arrêter sur la notion plus large, qui représente le tout dont la coutume n'est qu'une partie, c'est-à-dire sur le Droit international. Quelle est sa valeur aux yeux des juristes d'outre-Rhin ?

Pour répondre à cette question, il faudrait tenir compte de toute une série de théories touchant la condition juridique de l'Etat, dans ses rapports avec les autres membres de la communauté internationale. Une étude approfondie de chacune de ces doctrines ne manquerait pas d'intérêt, mais de tels développements dépasseraient le cadre de cet ouvrage, aussi nous proposons-nous d'esquisser les plus importantes, laissant volontairement dans l'ombre les

points qui se rattachent plutôt au Droit constitutionnel qu'à notre science.

Le point de départ de toutes ces doctrines a été l'attribution à l'Etat des droits absolus qu'il peut acquérir par simple déclaration unilatérale. L'Etat crée le droit national ou international par simple déclaration de volonté.

Cette doctrine trouve son origine dans la philosophie de Spinoza, chez lequel la conception de Dieu est essentiellement panthéiste, c'est-à-dire qu'il croit retrouver dans chaque objet animé ou inanimé, dans toute abstraction, une partie relevant du principe divin. Or Dieu étant le principe de justice et de puissance, toute particule divine renferme ce caractère et par conséquent le droit de l'Etat finit là où finit sa puissance⁶⁸. Mais pour respecter la doctrine de Spinoza dans toutes ses nuances, il faut ajouter que si la puissance de l'Etat est ébranlée par un concert international, son droit doit se limiter dans les mêmes proportions.

Les conceptions de Spinoza ont été reprises par Hegel. Pour celui-ci, l'Etat est l'incarnation même du principe divin et par conséquent son droit est absolu comme celui de la divinité⁶⁹. L'Etat est au-dessus des traités et par conséquent il est libre de s'en défaire quand bon lui semblera.

39. Dans un article publié dans la *Zeitschrift für öffentliches Recht*, M. Verdross étudie avec beaucoup de finesse les conceptions hégéliennes⁷⁰ et montre que pour bien pénétrer les idées du philosophe sur cette question, il ne faut pas s'arrêter simplement au sens des mots, mais encore essayer d'appliquer la méthode dialectique que le penseur allemand

68. Alfred Verdross, Le fondement du Droit international, dans les *Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. XVI, p. 251, voir spécialement p. 264 et suiv. Sur la doctrine de Spinoza, voir encore : A. Menzel, Spinoza und das Völkerrecht, dans *Zeitschrift für Völkerrecht*, II, 1908, p. 17; Lauterpach, Spinoza and international law, *British year Book of intern. law*, vol. VIII, 1927, p. 89.

69. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechtes*, 1821, p. 331.

70. Verdross, Das Völkerrecht im Systeme von Spinoza, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, VIII, 1927, p. 100.

emploi ordinairement. Si nous admettons ce point de vue alors nous avons : « la thèse », la souveraineté de l'Etat; « l'antithèse », la souveraineté absolue des autres Etats et enfin la « synthèse », la communauté internationale.

Mais il faut le reconnaître, et M. Verdross est le premier à le dire, ces conséquences n'ont pas été mises en relief par Hegel lui-même; elles reposent plutôt sur des suppositions très vraisemblables, mais somme toute sur des suppositions, Et voilà pourquoi la grande majorité de la doctrine allemande commençant par Putter⁷¹, par Bergbohm⁷², arrive avec Jellinek⁷³ à considérer l'Etat comme l'expression de l'arbitraire juridique en droit interne et international et cette doctrine s'est maintenue dominante jusque vers 1898. L'Etat ne reconnaît aucune limite au droit que lui-même engendre, il est seigneur et maître de tous les principes de justice, il peut les respecter ou les violer selon son bon plaisir.

Une telle conception qui représente tout bonnement la négation du Droit international, a effrayé ses propres partisans et alors ils ont forgé de toutes pièces cette monstruosité juridique, qu'on appelle la doctrine de l'autolimitation de la volonté. Je ne m'arrête pas sur cette doctrine, elle a été tellement combattue qu'aujourd'hui son intérêt est purement historique. Pour revenir à notre sujet, que devient la coutume internationale dans cette tendance vers la déification de l'Etat ? Sa place est inexistante comme d'ailleurs celle du droit, dont elle ne représente — nous l'avons dit et le répétons encore — qu'un aspect particulier.

40. L'unité de la conception dominante telle que nous l'avons examinée jusqu'ici, commence à s'ébranler en 1898

71. Verdross, *Le fondement du Droit international*, op. cit., p. 266 et encore Kaltenborn, *Kritik der Völkerrechts*, 1847.

72. Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, 1877.

73. Jellinek, *Die vechliche Natur des Staatsverträge*, 1881.

sous les coups de la doctrine de M. Triepel⁷⁴. En effet l'auto-limitation qui était tout aussi valable en Droit interne qu'en Droit international, commence à se différencier, à présenter en Droit des gens certaines nuances particulières que nous allons examiner tantôt. Sur l'autre aspect de la question sur l'autolimitation en droit interne, nous n'insistons pas dans cet ouvrage, car cette question relève essentiellement du Droit constitutionnel.

Dans le livre qu'il a publié en 1898, M. Triepel considère le Droit des gens comme le résultat d'une convention entre Etats⁷⁵. Avec la seule différence qu'au lieu de poursuivre des instincts égoïstes, les Etats sont d'accord à reconnaître certains principes, l'application desquels est utile non seulement à chaque Etat en particulier mais encore à l'ensemble de la communauté internationale. Cet accord est appelé par M. Triepel d'un nom difficilement traduisible en français celui de « die Vereinbarung » (concours de volontés semblables) pour marquer qu'il s'agit d'un accord de plusieurs volontés poursuivant le même but, et non pas d'un contrat ordinaire où chaque partie poursuit un but différent. Dans cette conception, il est certain que la coutume internationale est une Vereinbarung tacite et le traité une Vereinbarung expresse⁷⁶.

L'origine du Droit des gens une fois établie, il reste à examiner d'où provient sa force obligatoire, autrement dit si l'Etat peut revenir sur une obligation qu'il avait consentie et ne pas l'exécuter.

M. Triepel ne se prononce pas sur cette hypothèse que M. Anzilotti envisage courageusement. M. Triepel se contente de dire que l'Etat se trouve devant l'expression de sa volonté et qu'elle seule peut le lier. Même réduite à cette

74. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1889.

N.-B. — Toutes les citations d'auteurs sont de l'ouvrage de M. Verdross.

75. Triepel, *Völkerrecht und Landerrecht*, Leipzig, 1889.

76. Triepel, Les rapports entre le Droit interne et le Droit international, *Académie de Droit international de La Haye, Recueil des Cours*, t. I, p. 77.

formule, la doctrine de la *Vereinbarung* nous paraît reposer sur des bases peu stables et M. Paul Heilborn, professeur à l'Université de Breslau, a parfaitement raison, quand il se demande comment M. Triepel peut reconnaître à la volonté collective des Etats un caractère obligatoire, sans avoir démontré auparavant l'existence de cette obligation ⁷⁷. Or, essayant de produire une telle démonstration, on se rend compte qu'il est impossible d'y aboutir sans supposer que l'Etat commence par être lié en vertu de sa propre volonté; or, si nous admettons cette hypothèse d'ailleurs indispensable, alors pourquoi demander à la *Vereinbarung* une qualité que possède la seule volonté individuelle de l'Etat, pourquoi compliquer inutilement la question ? M. Triepel n'essaie pas cette démonstration, il attribue directement à la *Vereinbarung* la fonction de créer du droit et le considère ensuite totalement différent du Droit interne; en effet, le second est la création d'une volonté unique, celle de l'Etat respectif, tandis que le premier serait le produit des volontés concurrentes.

Toutefois, dans son ouvrage *Landesrecht und Völkerrecht*, M. Triepel affirme quelque part que la validité du droit est de nature métajuridique⁷⁸. Soit qu'il n'ait vu dans la *Vereinbarung* qu'une simple question de technique, soit qu'il n'ait pas voulu tirer toutes les conséquences qu'une pareille idée suggérerait, sa doctrine telle que nous la trouvons dans ses écrits, est diamétralement opposée à celle de Léon Duguit. Son influence fut très grande en Allemagne et encore à l'étranger, en Italie surtout, M. Triepel compte de nombreux partisans.

77. Heilborn, Les sources du Droit international, *Académie de Droit international de La Haye*, t. II, p. 5 et suiv., surtout p. 19.

78. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, p. 82 et dans le même sens Gierke, *Deutsches Privatrecht*, p. 162 et A. Verdross, *Einheit des rechtlichen Weltbildes*, p. 145.

41. La particularité la plus saillante de la doctrine que nous venons d'examiner est son caractère transitoire; avant lui, tout le droit, principes et applications dépendaient du bon plaisir de l'Etat; avec lui, à côté de l'Etat apparaissent dans la création du Droit international, les volontés des autres membres de la communauté internationale; après lui, la somme des volontés ainsi constituée, se détache, se neutralise, se transforme, elle devient pour les uns Droit naturel, pour les autres conscience juridique commune, principes généraux, etc. Employer l'une ou l'autre de ces expressions est absolument indifférent, pourvu qu'une chose soit bien établie : ni volonté ni consentement ne peuvent être identifiés dans le contenu de cette notion, ou empruntant une expression de chimiste, elle n'est plus un mélange de volonté, elle est une combinaison. Ce point mis en relief, nous allons citer à propos de M. Triepel une série de juristes, lesquels, sans accepter toutes les idées du maître, témoignent une certaine sympathie pour la *Vereinbarung*; et nous allons examiner, en même temps, l'aspect que présente la coutume internationale vue à travers ces différentes doctrines.

42. Le premier de cette série, M. Schoen apparaît non seulement comme partisan de M. Triepel, mais encore plus proche de l'Ecole de Jellineck que du professeur berlinois. En effet, il écrit que : « Les règles du Droit des gens sont obligatoires pour l'Etat seulement dans la mesure dans laquelle il les accepte, et encore dans l'hypothèse que d'autres Etats les acceptent aussi; elles sont constituées par des règles de droit analogues, dans chaque pays⁷⁹. » C'est une idée que nous trouvons encore chez M. Wenzel : « La loi interne donne force obligatoire au Droit international⁸⁰. »

Les deux opinions citées sont simplement la négation de

79. Schoen, *Archiv für Recht, Wissenschaft und Philosophie*, VIII, p. 787.

80. Wenzel, *Juristische Grundprobleme*, t. I, 1921, p. 410.

notre science, nous ne pouvons pas les examiner, car comme l'a dit très finement Duguit : « Nous ne parlons pas la même langue⁸¹ que MM. Wenzel et Schoen. » Avec M. Heilborn, nous nous entendons mieux. Pour lui la « conscience juridique commune » est l'ultime source du droit, et ce qui établit la parenté de sa doctrine avec celle de M. Triepel, c'est la conception dualiste⁸², c'est-à-dire que l'Etat, chez lui, dans les limites de son territoire, fait le droit selon son bon plaisir et personne ne peut lui contester cette fonction; tandis qu'en dehors de celles-ci, l'Etat n'est plus libre, il est membre de la communauté internationale et doit s'accommoder de la présence des autres Etats. De cette collaboration est né le Droit des gens, car s'il était autrement il existerait un super-Etat qui imposerait des règles juridiques aux autres, comme par exemple le chef de la *civitas maxima*, imaginé par Wolf, ce qui ne correspond nullement à la réalité des faits. Or cette collaboration n'est-elle pas justement la *Vereinbarung* ? M. Heilborn dit que non, sa doctrine paraît le contredire. Et je pense que sa doctrine a raison. Mais pour être juste, il faut ajouter qu'à la différence de M. Triepel, le professeur de Breslau insiste davantage sur la « conscience juridique commune » comme sub-conscient en quelque sorte du droit, et ajoute que cette « conscience » se retrouve dans les sources directes de notre science : coutume et traités. Ces sources présentent, d'après M. Heilborn, deux caractères opposés : la coutume est un acte déclaratif, c'est-à-dire qu'elle préexistait au moment où nous la respectons; le traité, par contre, est un acte constitutif, il n'existe qu'au moment de son exécution.

De cette distinction entre actes constitutifs et déclaratifs. M. Heilborn tire une conséquence, d'importance capi-

81. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 4 vol., Paris, 1923, vol. II, p. 337 (à propos des opinions de M. de Malberg).

82. Heilborn, Les sources du Droit international, *Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. II, p. 5 et suiv., et p. 11.

tale, la coutume ne repose plus sur le consentement, seuls les traités, les actes constitutifs en ont besoin⁸³.

Sur la coutume internationale, M. Heilborn apporte encore d'autres idées intéressantes; ainsi après avoir reconnu son caractère déclaratif il la considère de la même valeur obligatoire que l'autre source⁸⁴ : les traités; et quant à son application il lui assigne une sphère beaucoup plus large que celle-ci, lui attribuant le caractère de Droit international général, opinion que nous verrons bientôt partagée aussi par M. Cavaglieri. Les éléments de la coutume : l'*usus* et l'*opinio necessitatis* sont soigneusement examinés, ainsi que l'influence réciproque entre coutume et traité.

Cette largeur de vues est néanmoins limitée par l'attitude de M. Heilborn à l'égard des « principes généraux » du droit « qui ne peuvent former, pas plus que la doctrine des publicistes » du véritable Droit des gens⁸⁵. Ici nous croyons trouver encore une trace de la Vereinbarung, car à l'exemple de M. Triepel, notre auteur ne considère obligatoire pour les Etats que cette partie du droit qu'ils ont volontairement acceptée⁸⁶. Cette influence s'accuse davantage chez le professeur von Liszt⁸⁷, l'un des représentants les plus autorisés des positivistes d'avant-guerre, mais que nous nous bornons simplement à citer, car ses travaux sur la coutume internationale sont à peu près inexistantes.

A la suite de M. Triepel se placent encore deux juristes distingués qui se rattachent, d'ailleurs d'une manière assez lâche, à sa doctrine, ce sont : le professeur de Göttingen Hatschek, aujourd'hui décédé et son disciple direct, M. Karl Strupp, professeur à l'Université de Francfort-sur-le-Main.

43. Dans son *Traité de droit international*, Julius Hats-

83. Heilborn, Les sources du Droit international, *op. cit.*, p. 20.

84. Heilborn, Les sources du Droit international, *op. cit.*, p. 29.

85. Heilborn, Les sources du Droit international, *op. cit.*, p. 54.

86. Heilborn, *op. cit.*, p. 22.

87. Von List, *Traité de Droit international*. Traduction de M. Gidel, voir la préface de J. Brown Scott, Paris, 1927.

chek reconnaît aussi la *Vereinbarung* comme source de notre science, mais dans un sens tout différent de celui de M. Triepel. Pour Hatschek, *Vereinbarung* signifie seulement accord normatif⁸⁸.

Par conséquent elle a perdu beaucoup de son importance et cette affirmation est encore corroborée par le fait qu'à côté de la *Vereinbarung*, Hatschek énonce comme sources du Droit international le traité-contrat et la coutume. Les développements sur cette dernière source sont intéressants à lire. Notre auteur procède à l'analyse de ses éléments. L'*usus* — répétition d'une même règle de conduite, — et l'*opinio necessitatis* — conviction qu'en agissant de telle manière on respecte une règle juridique. Ces notions une fois bien dégagées, Hatschek insiste sur la *consuetudo* et la *desuetudo* des règles coutumières et finit sur les rapports qui existent entre coutume et traités, rapport qu'il met en évidence en s'appuyant sur de nombreux exemples. Sur ce point Hatschek est absolument d'accord avec M. de Visscher dont l'opinion a été examinée dans les pages précédentes.

44. L'autre continuateur de M. Triepel, le professeur Strupp, le plus positiviste des positivistes allemands, l'est en ce sens, seulement, qu'il proclame le consentement de l'Etat, exprès ou tacite comme unique source du droit international⁸⁹. Car en ce qui concerne l'ensemble de sa doctrine, il paraît se rattacher plutôt aux vues de M. Anzilotti, acceptant avec ce dernier comme postulat du droit des gens la règle *pacta sunt servanda* et la distinction très ingénieuse et subtile entre le caractère matériel et formel des sources de notre science⁹⁰.

Au sujet de la coutume internationale, M. Strupp a consacré quelques développements intéressants en lui donnant

88. Hatschek, *Völkerrecht*, Leipzig, 1923, p. 8-12.

89. K. Strupp, *Eléments du Droit international public universel, européen et américain*, avec préface de M. Alvarez, 2^e éd., Paris, 1930, vol. III, § 7.

90. K. Strupp, *op. cit.*, p. 9, note 2.

pour entrée en matière la définition suivante : « La coutume internationale, dit-il, c'est le droit que deux ou plusieurs sujets du droit international public, se reconnaissant comme tels, créent, pour valoir entre eux au moyen d'une pratique uniforme, qui, sans être nécessairement fréquente, doit être l'expression d'une opinion *juris gentium*⁹¹. »

M. Strupp reprend dans la suite chaque élément de cette définition en essayant de préciser et d'éclaircir sa signification; méthode excellente, et nous ne saurions assez recommander au lecteur de parcourir lui-même les passages en question, qui nous ont beaucoup aidés dans la préparation de notre étude.

Deux remarques d'ensemble se dégagent de cette définition : 1^o les Etats *créent* la coutume; 2^o celle-ci n'est valable qu'entre deux ou plusieurs Etats qui la *reconnaissent*.

Si la définition de M. Strupp est exacte, ces deux remarques doivent trouver leur vérification dans la réalité courante du commerce juridique entre membres de la communauté internationale. Or, nous allons voir dans la seconde partie de cet ouvrage, qu'un seul élément de la coutume est le moins important; l'usage est fonction de la volonté de l'Etat. Quant à la seconde, elle est alors absolument fausse, car la coutume s'impose aussi aux Etats qui ne l'ont pas reconnue et les exemples historiques prouvent suffisamment nos allégations.

Ces opinions, nous l'avons déjà dit, sont celles d'un positiviste à outrance, et il est très instructif de suivre la pensée de M. Strupp dans les efforts qu'elle fait pour se maintenir sur ses positions et très curieux aussi de trouver chez lui des phrases comme par exemple celle-ci : « J'accède à M. Anzilotti, s'il précise qu'en disant que les normes juridiques internationales se constituent par le moyen de traité et de coutume on n'entend en aucune façon déclarer qu'il n'y ait que les règles écrites sans les traités ou résultant

91. K. Strupp, *op. cit.*, p. 13 et suiv.

d'un usage déterminé qui constituent l'ordre juridique international. Les présuppositions logiques et les conséquences logiques nécessaires des normes ainsi établies en font également partie, parce que la volonté d'observer une norme ou un complexe de normes indique la volonté d'observer également les normes sans lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou celles qui y sont logiquement comprises. Les règles de ce genre, auxquelles on peut donner le nom de règles constructives, sont un élément essentiel de tout ordre juridique et du nôtre également⁹².

C'est le pendant de l'opinion de M. Triepel qui reconnaît la nature métajuridique de la valeur obligatoire du Droit des gens pour revenir une page plus loin à la source unique, à la fameuse *Vereinbarung*⁹³. Et tout comme M. Triepel, M. Strupp après avoir mis en évidence la nécessité d'interpréter les données pratiques de notre science de manière à rattacher chaque solution particulière aux « présuppositions et aux conséquences logiques des normes établies », professe une indulgence dédaigneuse pour « la prétendue troisième source du Droit international : les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées⁹⁴ ».

Quest-ce que les principes généraux sinon les présuppositions et les conséquences logiques des normes établies ?

45. Le courant positiviste en Allemagne, dont nous avons examiné les représentants les plus autorisés dans les pages précédentes, constitue la doctrine dominante. Elle s'est formée autour d'un esprit peut-être pas très original, nous avons montré la genèse des opinions de M. Triepel, mais certainement très profond et sous l'influence duquel elle se développa pendant longtemps sans subir d'autres influences appréciables. L'ancienne doctrine qui rattachait

92. Strupp, *op. cit.*, p. 16.

93. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, p. 82; voir encore *supra*, n° 40.

94. Strupp, *op. cit.*, p. 17.

le Droit des gens au Droit naturel, doctrine que représentait si brillamment Bluntschli, sombra dans l'oubli ou presque. A l'heure actuelle les publicistes d'outre-Rhin procèdent à la reconstruction du Droit international, selon l'expression si chère à M. Alvarez. La transformation politique de l'Allemagne n'est pas étrangère à ce mouvement et le pays qui se montrait le plus hostile aux projets de La Haye en 1898 et 1907, ouvre sans méfiance en 1919 sa Constitution, même aux règles du Droit des gens⁹⁵. »

Ce changement n'est pas sans précédent et une comparaison avec la France de 1815 ne serait peut-être pas déplacée.

Pour l'instant, aucune tendance ne s'est bien précisée en Allemagne et si nous cherchons les symptômes d'un renouvellement de notre science, nous le trouvons plutôt du côté de l'Autriche, dans la jeune et vigoureuse Ecole de Vienne, dont le fondateur et le représentant est M. Hans Kelsen, ancien professeur à l'Université de cette ville, aujourd'hui professeur en Allemagne. L'Ecole de Vienne est constituée par M. Alfred Verdross, professeur à la même Université, son ancien disciple et par une pléiade de jeunes savants dans laquelle il convient de mettre au premier rang les noms de MM. Merkl et Kunz.

46. Le système de M. Kelsen est une construction philosophique de la science du droit général et je souligne ce dernier caractère, car il nous expliquera bien des choses dans la suite. Cette construction est hardie, logique, jusque dans ses moindres détails et son origine doit être cherchée, comme l'a très bien montré M. Anzilotti⁹⁶ dans le néokantisme des philosophes contemporains.

Nous n'avons nullement l'intention d'examiner ici les idées de M. Kelsen avec tous les détails qu'une telle analyse

95. *Deutsche Rechtsverfassung* du 11 avril 1919. Le texte officiel dans *Rechtsgesetzblatt*, année 1919, p. 1383.

96. Anzilotti, *Cours de Droit international*, traduction Gidel, Paris, 1929, nos 23 et suiv.

comporterait. Une semblable étude n'est plus à recommencer, car il existe deux excellents articles sur cette question : l'un en allemand par M. Kunz⁹⁷, l'autre en français par M. Akzin⁹⁸.

Aussi, nous allons simplement résumer les parties essentielles de leurs exposés, nous rapportant bien entendu aux sources⁹⁹ et en particulier au cours professé par M. Kelsen en 1926 à La Haye¹⁰⁰.

Notre auteur commence par établir une distinction fondamentale entre l'ordre naturel et l'ordre juridique.

L'ordre naturel, les lois de la nature sont uniquement la constatation de ce qui existe, l'homme n'a pas à intervenir. Si les faits n'obéissent pas aux lois qu'il considère comme répondant à l'ordre naturel c'est que ces lois étaient fausses. L'ordre juridique, par contre, est une succession de normes qui ne s'arrêtent pas à constater la réalité juridique, mais qui la régit; autrement dit, l'ordre juridique est celui à qui incombe la mission d'imposer des commandements et non seulement de constater une situation de fait. La force de chaque norme dépend d'une norme supérieure; il y a une sorte de graduation, une échelle dont le dernier échelon, la norme qui domine tout le système, est une norme hypothétique d'après M. Kelsen¹⁰¹. Cette norme nous devons l'admettre car autrement cette suite se prolongerait à l'infini. Après avoir jeté, en quelque sorte, les bases de la mathématique du droit, le savant professeur de Vienne tire les

97. Joseph Kunz, *Die rechts und Staatslehre*; Léon Duguit, dans la *Revue internationale de la théorie du Droit*, t. I, année 1926, p. 140.

98. B. Akzin, L'école autrichienne et le droit des gens, dans la *Revue de Droit international* (De Lapradelle-Politis), t. II, année 1927, p. 71.

99. H. Kelsen, *Das problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1920; voir encore du même auteur, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925; *Naturrecht und positives Recht*, dans la *Revue internationale de la théorie du Droit*, t. II, année 1927, p. 71.

100. H. Kelsen, Les rapports du système entre le Droit interne et le Droit international, *Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. XIV, p. 121 et suiv.

101. H. Kelsen, *op. cit.*, Les rapports de système entre le Droit interne et le Droit international, p. 233, et Akzin, *op. cit.*, p. 344, 345.

conséquences de sa doctrine et la première, la plus importante aussi, est celle de l'unité du droit. M. Kelsen emploie l'expression d'*unicité*¹⁰² traduisant ainsi le mot allemand de « *Ausschliesslichkeit* », ce qui est absolument faux, car nous avons un correspondant exact en français : *Ausschliesslichkeit* — exclusivité. Le terme d'unicité est par conséquent visiblement impropre. Heureusement, la pensée de M. Kelsen s'éclaircit dans le passage suivant : « Deux systèmes normatifs sont différents, s'ils reposent sur deux normes fondamentales différentes, indépendantes l'une de l'autre et irréductibles l'une à l'autre. Or, cette condition est remplie, car la hiérarchie des normes est indépendante de tout autre élément externe à ces normes¹⁰³. »

Ces propositions fortement motivées, M. Kelsen pense trouver un exemple pratique pour justifier ses opinions et s'attaque au problème de préciser la nature des rapports entre le Droit interne et le Droit international. L'unicité du droit démontrée, on ne peut plus concevoir entre ces deux catégories juridiques des rapports d'indépendance. Des rapports d'égalités ne peuvent exister non plus, car alors il faudrait concevoir l'existence d'une norme juridique supérieure aux deux catégories énoncées, ce que M. Kelsen rejette bientôt. Il reste par conséquent une dernière hypothèse, l'existence des rapport de subordination, c'est-à-dire que toute la difficulté consiste à déterminer si le Droit international est supérieur au Droit interne ou si le contraire a lieu.

M. Kelsen nous montre les deux thèses en présence dans ce qu'elles ont de plus caractéristique et insiste particulièrement sur les conséquences pratiques qui découlent de notre choix. Mais il ne se prononce ni pour l'une, ni pour l'autre, malgré l'impression qu'il nous donne parfois de pencher vers la primauté du Droit international. Et dans ce sens

102. H. Kelsen, *op. cit.*, Les rapports..., p. 259.

103. H. Kelsen, *ibid.*, p. 264.

nous trouvons les lignes suivantes : « Sans prendre parti pour l'une ou l'autre des deux représentations de l'univers (le subjectivisme représenterait la priorité du Droit interne et l'objectivisme celle du Droit international) il faut néanmoins remarquer que par la considération subjectiviste du droit on est amené — en fin de compte — à la négation absolue du droit, de la connaissance du droit et de la discipline du droit. Car la nature inaliénable du droit, son existence même résident dans l'objectivité de sa validité¹⁰⁴. »

L'incapacité de conclure dans l'un ou l'autre sens, provient du fait que M. Kelsen s'engage dans une question qui n'a aucun rapport avec la doctrine de l'unité du droit. Ses développements auraient dû s'arrêter à la constatation que la suite des normes juridiques forme un *tout* qui se suffit à lui-même. En effet, qu'est-ce que le Droit international dans la conception de M. Kelsen, par opposition, bien entendu, au Droit interne ? Ce sont certaines normes sur lesquelles on a mis une étiquette, pour faciliter leur étude, leur classification, leur emploi — mais *aucunement* un signe distinctif pour marquer qu'elles ont une plus grande portée juridique que le restant des normes. Dans toutes les considérations précédentes, M. Kelsen n'a fait nullement usage d'étiquettes et à la fin, après avoir démontré d'une manière irréfutable que le droit existe en dehors de l'Etat, il s'attache à des distinctions qui devaient rester absolument étrangères aux idées générales sur lesquelles il s'était appuyé auparavant. Que penser d'un mathématicien qui s'évertue à démontrer que la géométrie est supérieure à l'algèbre ou que l'algèbre domine la géométrie ?

47. M. Alfred Verdross l'élève de M. Kelsen, aujourd'hui lui aussi professeur à l'Université de Vienne, se prononce pour la primauté du droit international, mais arrive à cette

104. Kelsen, *Das problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1921, p. 317 et encore Akzin, p. 368.

conclusion par un tout autre chemin, qui le rapproche plutôt de Duguit que de son ancien maître. En effet M. Verdross insiste sur l'indépendance du droit à l'égard de l'Etat et s'efforce à démontrer l'existence d'un droit objectif, non seulement comme le considère Duguit, c'est-à-dire enfoui dans la conscience individuelle mais pour le professeur de Vienne ce droit a une réalité pratique, ce sont les principes généraux de l'art. 38 et 3 du statut de la Cour permanente de justice internationale. La démonstration de cette opinion est présentée par M. Verdross avec beaucoup d'habileté et ses conséquences sont de tout premier ordre pour l'étude de la coutume internationale. En effet, si nous admettons à côté de la coutume et des traités, une troisième source, celle des principes généraux de droit et si nous acceptons en même temps la théorie de M. Kelsen sur « l'unité » du droit, alors les principes généraux que le comité de juristes lors de l'élaboration de l'art. 38 avait relégués au dernier plan après le traité est la coutume, apparaissent comme la source principale de notre science, car le traité et la coutume sont *en fait* l'exception et dans la plupart des cas, on fait directement appel aux principes généraux permettant au juge de se prononcer, *ex æquo et bono*. Cette conclusion est justifiée par le passage suivant du livre de M. Verdross : « Si par le silence de la coutume ou par l'inexistence des traités nous devons nous rapporter aux principes généraux du droit, ceux-ci finissent par s'imposer, tant qu'ils ne sont pas neutralisés par une coutume ou par des traités contraires. Mais par ce procédé tout l'ordre international sera éclairé (durchleuchtet) par les principes généraux du Droit international¹⁰⁵. »

Or si nous examinons quelle est la nature de ces principes généraux nous constatons qu'elle se rapproche beaucoup de la coutume internationale.

L'examen approfondi de cette question sera repris en son temps, pour l'instant essayons de présenter une vue d'en-

105. Verdross, *Der Verfassung der Völkerrechts gemeinschaft*, Vienne, 1926, p. 57 et surtout p. 67.

semble sur l'interprétation donnée par les écoles allemande et autrichienne au concept de la coutume internationale.

48. La première tendance, celle de considérer l'Etat arbitre de droit et par conséquent créateur et bénéficiaire de tout ordre juridique, reçut une nouvelle orientation par la doctrine de M. Triepel et celle-ci, à son tour, nous paraît sérieusement menacée par l'Ecole autrichienne, dont MM. Kelsen et Verdross sont les représentants les plus illustres. L'Ecole de Vienne aura-t-elle le dernier mot? Vu le caractère essentiellement dynamique de notre science, cette supposition est peu probable. Tout ce que nous pouvons affirmer ici, c'est quelle représente pour les écoles de langue allemande ce que Léon Duguit représentait pour l'Ecole francobelge. Non pas que M. Kelsen se « promena » pour employer l'expression de M. Strupp¹⁰⁶ sur les traces du doyen de Bordeaux, mais parce que partis de données absolument différentes, ils se rencontraient plus d'une fois dans leurs conclusions.

Un parallèle entre les deux doctrines a été tracé d'une main de maître par M. Kunz¹⁰⁷ et je ne saurais assez recommander son article à l'attention du lecteur. D'après M. Kunz, chez Duguit domine la conception sociale du droit, ses constructions reposent sur deux plans différents *la règle de droit* qui par son origine se rattache justement à cette conception — et *la loi* simple constatation de l'existence de cette règle par l'organisation étatique.

Pour M. Kelsen au contraire, il n'existe que des normes juridiques qui sont, — nous l'avons déjà dit — des déductions mathématiques et par conséquent aucune nécessité pour sa doctrine de s'appuyer sur des considérations empruntées aux sciences sociales.

106. Strupp, *Eléments de Droit international*, op. cit., p. 20.

107. Kunz, article cité, p. 143.

Les deux doctrines sont capitales pour l'étude de notre science. Leur influence est sensible dans la plupart des publications récentes et les quelques pages que nous leur avons consacrées dans ce chapitre nous aideront à préciser dans la suite le contenu de la coutume internationale.

3. L'Ecole Italienne.

49. Quand Louis Renault publiait en 1879 un petit livre intitulé *Introduction à l'étude du Droit international* il émettait sur l'Ecole italienne les appréciations suivantes : « Il y a aussi un mouvement juridique sérieux en Italie, peut-être plus actif qu'original ; il reçoit visiblement l'impulsion de l'Allemagne¹⁰⁸ ».

Depuis, les temps ont changé et de l'autre côté des Alpes nous trouvons une vigoureuse école de Droit international, laquelle, à part les développements qu'elle consacre aux idées venues de dehors, apporte une contribution vraiment originale à l'avancement de notre science.

En Italie, la coutume internationale a constitué pendant longtemps et constitue encore l'un des sujets les plus ardemment discutés¹⁰⁹. Examiner en détail cette littérature serait anticiper sur les conclusions de notre ouvrage, aussi nous allons simplement esquisser de la manière la plus brève possible les doctrines dominantes de l'Ecole italienne dans ce qu'elles ont de commun avec la coutume internationale, limitant notre tâche à présenter une vue d'ensemble plutôt qu'un examen analytique de chacune d'entre elles.

108. Louis Renault, *Introduction à l'étude du Droit international*, Paris, 1879, p. 17 et Anzilotti, *Cours de Droit international*, p. 20, n° 19.

109. Cavaglieri, *La consuetudine giuridica internazionale*, Padova, 1907 ; Micelli, *La forza obbligatoria della consuetudine* ; Flumene, *La consuetudine nel suo valore giuridico*, Sassari, 1925 ; Giorgio Baliadore Pallieri, *La forza obbligatoria della consuetudine internazionale*, dans la *Rivista di diritto internazionale*, anno 1928, serie III, t. VII, p. 338 et suiv.

L'Ecole italienne, nous l'avons déjà dit, a reçu d'Allemagne les idées de M. Triepel et l'influence de la *Vereinbarung* est évidente dans les ouvrages d'un jurisconsulte de grande distinction, ancien président de la Cour permanente de Justice internationale et professeur à l'Université de Rome, M. Anzilotti.

Nous devons soigneusement souligner ce mot d'influence, car il ne s'agit pas d'une simple imitation de la doctrine du professeur allemand. En effet, comme l'a très finement remarqué M. Heilborn¹¹⁰ l'Etat une fois qu'il a manifesté son consentement dans la *Vereinbarung*, ne peut plus la retirer. Pourquoi ? Parce qu'il a engagé sa volonté — dit M. Triepel — et celle-ci une fois engagée ne peut plus être retirée arbitrairement ¹¹¹.

Pour que l'Etat se trouve non seulement devant la manifestation de sa propre volonté, mais devant un *accord*, dit M. Anzilotti — et s'il pouvait à la rigueur retirer son consentement, il ne peut plus dissocier un accord auquel il n'avait contribué que dans une certaine proportion¹¹².

Par conséquent l'opinion de M. Anzilotti est beaucoup plus logique. Sa construction *a besoin* de la «*Vereinbarung*», celle de M. Triepel peut s'en passer, du moment que la volonté d'un seul Etat est suffisante pour assurer le caractère obligatoire de l'accord international.

A part cette différence qui donne à la force obligatoire des conventions entre Etats une assise solide et stable, M. Anzilotti revient aux opinions traditionnelles, et considère que tout le droit international est d'origine contractuelle.

Ce contrat est exprès et nous avons suivi l'application de la force obligatoire des traités : ou bien le contrat est tacite ; c'est le fondement du droit coutumier.

110. Heilborn, Les sources du Droit international, *Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. II, p. 19.

111. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, p. 82, 88.

112. Anzilotti, *Rivista di diritto internazionale*, t. I, p. 43 et *Teoria generale della responsabilità dello Stato*, Firenze, 1902, p. 48.

Si M. Anzilotti s'arrêtait ici, sa doctrine aurait été une simple contribution à l'Ecole positiviste. Mais son esprit n'est pas satisfait de simples formules. Il cherche le pourquoi des choses au delà du domaine qui pouvait suffire à l'avocat, au praticien; en un mot il fait de la philosophie. Et alors nous trouvons chez M. Anzilotti des tendances vers l'Ecole du droit naturel. En effet, qu'est-ce que la règle « *pacta sunt servanda* » élevé au rang de postulat juridique¹¹³; ou bien la recommandation d'interpréter coutumes et traités non pas à la lettre mais dans l'esprit dans lequel ils ont été conçus¹¹⁴?

Ces considérations étaient à prévoir. Elles sont la conséquence d'une excellente distinction *technique* que M. Anzilotti a mise en tête de son livre, celle entre les sources formelles et matérielles de notre science¹¹⁵. Malgré le glissement signalé vers l'Ecole du droit naturel, le professeur de Rome, dans l'ensemble de sa doctrine demeure fidèle aux conceptions positivistes. Le passage suivant confirme mon impression : « Etant donné que les normes juridiques internationales se constituent par le moyen d'accords entre les Etats; il est évident que la valeur de ces normes est limitée aux Etats qui ont participé à l'accord, qui les ont constituées ou qui y ont par la suite donné leur adhésion¹¹⁶. »

Par conséquence la coutume internationale n'est obligatoire que dans la limite des Etats qui ont contribué à sa formation. Cette conclusion est parfaitement logique car M. Anzilotti avait défini la coutume comme une notion renfermant dans son contenu « *des faits réciproques et révélateurs de volontés concurrentes*¹¹⁷. »

Le caractère contractuel de la coutume internationale a été poussé jusqu'à ses dernières conséquences par M. Pe-

113. Anzilotti, *Cours de Droit international*, traduction de M. Gidel, Paris, 1929, p. 68, n° 64.

114. Anzilotti, *op. cit.*, p. 68, n° 64.

115. Anzilotti, *op. cit.*, p. 44, n° 42.

116. Anzilotti, *op. cit.*, p. 67, n° 63.

117. Anzilotti, *Cours de Droit international*, *op. cit.*, p. 76, n° 71.

rassi et les conclusions auxquelles il arrive sont vraiment extraordinaires. Pour lui la coutume n'a plus besoin de la diuturnitas, ou ce qui signifie la même chose, de l'usus; car un pacte tacite n'aurait que faire d'un pareil élément. Et ce qui est paradoxal, en apparence, c'est que l'opinion de M. Perassi est absolument juste. Elle est juste parce que le raisonnement est conduit d'une manière absolument conforme à la logique; mais la prémisse de laquelle il est parti est intacte et c'est pourquoi il arrive à contester à la coutume son élément caractéristique et indispensable. Une coutume sans diuturnitas est un simple principe juridique; elle n'est plus coutume¹¹⁸ au moins dans le sens qu'on lui attribue généralement. Voilà pourquoi nous ne pouvons souscrire aucunement aux vues de M. Anzilotti et de ses disciples. De telles conceptions nous paraissent antisociales et contraires à l'article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale.

Sur un seul point nos idées coïncident avec celles du professeur de Rome : c'est la reconnaissance d'un droit international général de nature exclusivement coutumière, d'emploi très fréquent, lequel en l'absence du traité régit les relations entre Etats. La plupart des auteurs le réduisaient à très peu de choses, voire au seul domaine des règles concernant l'immunité diplomatique. Cette conception a été battue en brèche pour la première fois par l'un des représentants les plus autorisés de l'Ecole italienne, le professeur de l'Université de Naples Arrigo Cavaglieri. L'importance du Droit international coutumier a été mise en relief : en 1907 dans une monographie consacrée spécialement à notre sujet¹¹⁹ et en 1929 dans un cours professé à l'Académie de Droit international de La Haye¹²⁰.

118. Perassi, *Teoria dommatica delle fonte di norme giuridiche*, Roma, 1917, p. 48-49 et du même, *Lezioni di diritto internazionale*, Napoli, 1922, p. 27, 41, 42.

119. Cavaglieri, *La consuetudine giuridica internazionale*, Padova, 1907.

120. Cavaglieri, *Règles générales du Droit de la paix*, *Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 26, p. 315.

50. L'idée dominante qui se dégage des opinions de M. Cavaglieri est l'existence d'un droit international général d'origine coutumière que les Etats acceptent au moment de leur reconnaissance; c'est-à-dire de leur admission dans la communauté internationale. Mais, ajoute aussitôt notre auteur, l'Etat n'est nullement astreint à se soumettre aux principes contenus dans cette partie générale de notre science, car il est toujours libre de les modifier au moyen des traités ou encore de les repousser en bloc en s'abstenant de demander son admission dans ladite communauté internationale.

Par conséquent, pour M. Cavaglieri, l'Etat ne peut être soumis au droit que par le pacte tacite qu'accompagne sa reconnaissance comme tel.

La conception du professeur de Naples nous paraît non seulement erronée, mais encore dangereuse, par les applications qu'elle suscite dans la pratique courante. Sans entrer plus avant dans les détails nous nous contentons d'en signaler ici quelques-uns. Tout d'abord l'Etat non reconnu peut se livrer aux pires excès sans violer le droit, car de par sa volonté il se trouve en dehors de toute réglementation juridique; et ensuite, seconde application, l'Etat n'est lié que par les principes qui existaient au moment de sa reconnaissance, et par suite les principes apparus depuis ne sauraient le lier.

Toutes ces considérations nous font entrevoir la faiblesse de la doctrine traditionnelle, représentée en Italie par les professeurs Anzilotti et Cavaglieri¹²¹ autour desquels s'est groupé un nombre important de jurisconsultes parmi lesquels il faut rappeler les noms de M. Diena¹²², Perassi¹²³ et Scipione Gemma¹²⁴.

121. Cavaglieri, *Corso di diritto internazionale*, Napoli, 1925, p. 56, t. I.

122. Diena, *Diritto internazionale*, Napoli, 1914, t. I, p. 41.

123. Perassi, *Corso de diritto internazionale*, Napoli, 1922, t. I, p. 41.

124. Scipione Gemma, *Apunti di diritto internazionale*, Bologna, 1923, p. 7.

Tel est l'aspect général présenté par l'Ecole italienne jusque vers 1926 quand apparut à Padoue, le « Corso di diritto internazionale » de M. Romano suivi de près de son « Corso di diritto costituzionale ».

Les idées de M. Romano ouvrent de nouvelles perspectives sur la coutume internationale. Ces idées ont été étudiées à fond par M. Balladore Pallieri dans un article publié en 1928 dans la « *Rivista di diritto internazionale* » de Rome¹²⁵.

51. D'après M. Romano, les éléments constitutifs de la coutume internationale sont absolument pareils à ceux de la coutume interne. Les deux concepts comprennent respectivement l'usus et l'opinio necessitatis comme éléments constitutifs. Par conséquent il ne voit aucune difficulté de pousser cette analogie plus loin et de faire reposer leur force obligatoire sur une base commune, en espèce, sur la conscience collective¹²⁶. En Droit des gens cette dernière porte un nom un peu différent, on l'appelle conscience collective de la communauté internationale.

Cette démonstration est complétée par un argument tout aussi fort présenté par M. Pallieri, quand il montre que la catégorie juridique désignée par l'expression de pacte tacite ne renferme aucun des éléments que contient la coutume. Les deux notions sont absolument disparates; faire rentrer l'une dans l'autre serait fausser le langage juridique et méconnaître les lois de la logique le plus élémentaire¹²⁷.

Une pareille conception va directement contre la théorie classique. Elle s'attaque au dogme le plus sacré des positivistes, la complète indépendance de l'Etat à l'égard de toute norme juridique qui lui est extérieure; c'est-à-dire à laquelle il n'avait pas donné son consentement. Cette atti-

125. Balladore Pallieri, La forza obligatoria della consuetudine internazionale, dans la *Rivista di diritto internazionale*, t. VII, p. 338.

126. G. B. Pallieri, *op. cit.*, p. 54, et dans le même sens : Romano, *Ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, p. 55.

127. G. B. Pallieri, *op. cit.*, p. 344-345.

tude se précise dans la formule suivante : Les coutumes ont eu souvent une origine quasi-inconsciente, en conséquence incertaine et leur valeur ne dérive pas du fait qu'on a eu l'intention d'établir telle coutume, mais de la conviction qu'on est tenu à l'observer. La conviction n'est pas un acte de volonté. La coutume ne dérive pas de la volonté collective de plusieurs Etats, d'un accord simultané. Elle se forme lentement à travers une période de temps plus ou moins longue et n'acquiert pas la force du traité, qui, lui, représente un accord de volonté et à la confection duquel un seul moment est nécessaire¹²⁸ ».

Quelle est la différence entre la force obligatoire du traité et celle de la coutume ? M. Romano ne répond pas à cette question et M. Pallieri de même. Ce qui les préoccupe surtout, c'est de dégager clairement quelle est l'origine du droit coutumier. « La coutume, dit M. Romano, se forme spontanément sans un acte particulier de volonté et on la considère en elle-même une norme juridique. On ne peut pas admettre que la coutume tire sa force de la loi¹²⁹ ».

Si nous essayons maintenant de préciser de quel côté se trouvent les origines de la doctrine de M. Romano, nous arrivons à certaines conclusions qui ne manquent pas d'intérêt. Le nom de Léon Duguit n'est pas cité du tout, celui de M. Kelsen à peine. En échange nous trouvons de nombreuses références aux doctrines du Droit naturel et ce qui est assez curieux, non pas aux nouvelles doctrines qui sont en quelque sorte la renaissance de l'ancien droit de la nature — et dont M. Le Fur est le représentant le plus autorisé —, mais aux publicistes anciens, comme par exemple : Grasso¹³⁰, Bluntschli¹³¹ et Garreis¹³². Et comme précurseur immédiat de cette nouvelle tendance que M. Pal-

128. Romano, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1926, p. 29.

129. Romano, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1926, p. 261-262.

130. Grasso, *Principi di diritto internazionale*, Firenze, 1896, p. 19.

131. Bluntschli, *Völkerrecht*, p. 60.

132. Garreis, *Institutionen*, p. 34.

lieri examine avec tant d'habileté, apparaît un autre Italien, M. Ottolenghi¹³³. En effet, dans un ouvrage qu'il publia en 1924, nous trouvons l'affirmation que la volonté joue un rôle absolument secondaire dans la formation de la coutume internationale. Cette opinion s'explique par l'importance qu'il attribue tout particulièrement à l'*opinio necessitalis* » par rapport au second élément constitutif de la coutume, par rapport à « l'usus ».

52. Les nouvelles orientations de l'Ecole italienne ne paraissent pas encore assez fortes pour déterminer un revirement général en sa faveur. Les positivistes continuent à représenter la grande majorité de ses membres. Faut-il considérer la nouvelle tendance vouée à l'indifférence générale et n'ayant aucune chance de remplacer l'opinion dominante ? Répondre à cette question, serait anticiper sur la solution d'un problème que seul l'avenir pourra résoudre.

Les résultats auxquels nous sommes parvenus après l'étude de la coutume internationale dans la doctrine des juristes italiens peuvent se ramener aux considérations suivantes : à côté de l'école classique représentée par MM. Anzilotti et Cavaglieri, à laquelle la *Vereinbarung* de M. Triepel n'est pas complètement étrangère, se fait jour une nouvelle conception selon laquelle la coutume internationale est présentée comme la satisfaction des besoins de la communauté des Etats et par conséquent indépendante de leur volonté.

Cette dernière conception est soutenue par MM. Ottolenghi, Romano et Pallieri avec beaucoup de persuasion. Nos développements sur l'Ecole italienne s'arrêtent ici. De la contribution qu'elle apporte à la coutume internationale, nous ferons souvent allusion à la monographie

133. Ottolenghi, *La personalità internazionale delle Unioni di Stato*, Torino, 1924, p. 46.

du professeur Cavaglieri et à l'article si intéressant de M. Pallierri.

Sans accepter en bloc les opinions d'aucun d'entre eux, leurs suggestions sont précieuses, quand dans la seconde partie de cet ouvrage nous allons procéder à notre tour à l'examen détaillé du contenu de la coutume internationale.

4. L'Ecole anglo-américaine.

53. La caractéristique des publicistes anglais et américains, nous paraît résider dans l'orientation éminemment pratique qu'ils donnent à leur doctrine. Les constructions d'ensemble, les recherches philosophiques ou méta-juridiques comme on les appelle souvent, leur sont, en principe, étrangères. Aussi les justifications des opinions qu'ils professent, relèvent plutôt de précédentes pratiques, de cas de jurisprudence que de recherches théoriques et abstraites. — Ce penchant manifesté par l'Ecole anglo-américaine nous a fait hésiter sur la question de savoir si les décisions rendues sur les litiges de droit des gens par les tribunaux anglais ou américains, doivent être analysées en même temps que les opinions doctrinales.

Après mûres réflexions, nous avons pris le parti de rejeter toute contribution de la jurisprudence dans les chapitres suivants et de ne présenter ici qu'un aperçu des conceptions qui se dégagent des œuvres de jurisconsultes. Celles-ci présentent une importance toute particulière en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, car la conviction s'étant formée qu'elles représentent le reflet fidèle des précédents fixés par la pratique jurisprudentielle et que les publicistes se limitent strictement à ce qui est sans avancer ce qui devrait être elles sont employées fréquemment par l'organisation judiciaire des pays respectifs.

Une autre remarque générale qui paraît éclaircir bon

nombre de particularités de l'Ecole anglo-américaine tient à la formation scientifique de ses représentants. Nous nous trouvons dans un pays, où la « *common law* » est seule en vigueur, où l'influence du droit romain sans être complètement absente, est beaucoup plus faible. Or, toute cette « *common law* » repose sur la tradition. Elle est du droit coutumier. Par conséquent, pour le juriste anglais, la coutume est une notion familière à laquelle il attribue, comme de raison, une importance beaucoup plus grande que son collègue du continent.

Après ces quelques remarques générales, examinons maintenant la contribution apportée par l'Ecole anglo-américaine au concept de la coutume internationale.

54. Le premier en date est un publiciste du XVIII^e siècle d'origine hollandaise¹³⁴ Ferguson. D'après lui : « la base de tout engagement est située dans mon droit d'exiger l'exécution d'un acte, qu'un autre homme m'a donné une juste cause d'attendre ». Ainsi l'existence d'une coutume est un motif raisonnable de compter sur une similitude de procédés à venir; de là sa force obligatoire¹³⁵.

Cette opinion présente beaucoup d'analogie avec la théorie bien connue en droit romain sous le nom de *pollicitatio* ou bien *promesse unilatérale*. En effet, si la conduite d'un Etat, à l'égard des autres présente un caractère de persistance et de généralité; cette conduite implique la supposition que l'Etat en question entend se conformer à certains principes juridiques bien déterminés. Le respect de ces principes constitue en quelque sorte une garantie pour les autres membres de la communauté internationale qui entrent en relation avec lui.

134. L'origine hollandaise de Ferguson, je l'ai trouvée dans un article de M. Amos Hershey dans l'*American Journal of international law* de 1912, p. 30; intitulé : *International law since the peace of Westphalia*.

135. Ferguson, *Institutes of moral philosophy*, 1760, part V. ch. 8, sect. 2, § 1, 7, 8. Il a été cité par Redslob, *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris, 1923, p. 19, 20 et encore par J. Koster, *Les fondements du droit des gens* dans la *Bibliotheca Visseriana*, t. IV, p. 115.

Au fond Ferguson ne fait que mettre à la place du pacte tacite une volonté présumée, celle de l'Etat à suivre lesdits principes.

Cette conception a été reprise et développée par un auteur allemand, Garve, et c'est probablement à lui que Verdross fait allusion — montrant les différentes conceptions sur notre sujet — dans le passage suivant : L'accord des volontés dans la coutume ne se fait pas d'une manière bien définie mais tacitement; quand un Etat se conduit à l'égard d'un autre selon une certaine règle qu'il estime nécessaire dans les relations internationales, persuadé que les autres Etats feront l'application de la même règle dans leurs rapports avec lui¹³⁶. »

Après Ferguson nous remarquons dans l'Ecole anglo-américaine, une tendance bien prononcée vers la doctrine du Droit naturel. Celle-ci se manifeste par exemple — pour ne citer que le juriste le plus connu de cette époque — chez James Lorimer. Il écrit en 1883 que : « *La loi des Nations est la loi de la nature exprimée dans les relations des communautés politiques*¹³⁷ ». Dans une pareille conception, il est évident que la coutume ne puise pas sa force obligatoire dans l'accord des Etats, mais dans sa conformité au droit naturel.

Cette tendance n'est pas la seule à se manifester en Angleterre, car dans la patrie de Hobbs, il se trouva bon nombre d'esprits à interpréter en juristes son système philosophique. Dans cette catégorie, il faut placer au premier rang un publiciste de beaucoup de talent, Austin. La définition qu'il donne de la loi, en général, repose essentiellement sur l'idée de contrainte, c'est-à-dire du pouvoir qui veille au respect de la dite loi. Or, dans l'organisation actuelle une pareille contrainte n'existe pas. Ainsi, Austin est amené à con-

136. Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien-Berlin, 1926, p. 54.

137. J. Lorimer, *The Institutes of the law of nations*, Edinburgh, 1883-1884, vol. I. p. 19.

clure, non seulement à l'inexistence de la coutume mais encore à la négation du Droit international¹³⁸.

55. Sa doctrine fut vivement attaquée par Sir Henry Maine que les publicistes anglais et américains considèrent comme le chef de l'Ecole historique en Grande-Bretagne, à l'instar de Savigny en Allemagne.

Depuis, sur ce point, l'opinion n'a plus varié et la doctrine des Austin ne tarda pas à présenter le seul intérêt historique. Dans ce sens nous nous contentons de citer l'opinion d'un seul auteur, que nous avons choisi parmi tant d'autres. Nous la reproduisons de l'ouvrage du professeur américain Hershey : « *Il est généralement admis, aujourd'hui que la conception juridique de Austin est artificielle, étroite, arbitraire et contraire à l'histoire et à la philologie*¹³⁹. »

Tout ce que nous pouvons ajouter après cette affirmation tellement tranchante, c'est que le grand défaut de Austin a été de considérer la règle juridique d'après la seule sanction qui s'y attache. Or, la sanction n'est pas l'essentiel. Ce qui caractérise toute règle de droit et la distingue de l'arbitraire, c'est la conviction de ceux qui la font, l'appliquent et la respectent, qu'elle est conforme à la justice.

Faut-il voir dans cette réaction une orientation définitive et complète vers l'ancienne école du Droit naturel ? Rien ne serait plus faux que de répondre par l'affirmative à cette question, car la doctrine anglaise se tourna plutôt vers le courant positiviste qui dominait en Europe. A cette catégorie appartient un grand juriste qui influença d'une manière particulièrement forte l'évolution du Droit des gens en son pays, lord Phillimore.

Nous trouvons chez lui la conception très répandue, que

138. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 5^e éd., 1911, p. 86.

139. Amos Hershey, *Essential of international public law and organisation*, New-York, 1927, § 7 et dans le même sens, Clark, *Practical jurisprudence*, 1883, 1^{re} partie, 2-7 chapitres, et encore Walker, *Science of International law*, 1893, § 21.

nous avons maintes fois répétée au cours de cet ouvrage, à savoir, « que la coutume repose sur un pacte tacite¹⁴⁰. »

Mais ce qui est plus intéressant pour notre étude c'est la définition qu'il donne du Droit des gens, qu'il reproduit d'ailleurs d'une consultation donnée par lord Mansfield au sujet de l'emprunt silésien, confisqué par le roi de Prusse Frédéric le Grand : « *Le droit international — dit le célèbre juge anglais¹⁴¹ et Phillimore¹⁴² après lui — est fondé sur la justice, l'équité, la convenance et sur la raison; il est confirmé par un long usage.* »

Par conséquent, pour être considérée comme appartenant au Droit des gens, une règle juridique quelconque, a besoin d'une acceptation prolongée, son ancienneté lui conférant une sorte de prestige. C'est l'usus généralisé.

Cette opinion, que l'ensemble du droit international est d'origine coutumière, nous le trouvons chez l'ancien professeur de Cambridge : John Westlake. D'après lui, « La coutume est la ligne de conduite que la société a consenti à regarder comme obligatoire¹⁴³ », et plus loin il explique l'origine coutumière du Droit international, en montrant qu'à l'époque de son apparition toute l'organisation juridique était ainsi. Or, à cette époque, le droit qui régissait les relations entre les monarques était le droit romain. Par conséquent plus tard, après qu'une certaine partie du droit des gens passa dans les traités, il en resta encore beaucoup sous forme de droit coutumier.

L'explication de Westlake est très intéressante, car elle anticipe non seulement sur l'existence d'un Droit international générale d'origine coutumière, que M. Cavaglieri devait mettre en relief fort heureusement, mais encore met en

140. Phillimore, *Commentaries upon international law*, t. I, p. 20 et dans le même sens, Hallek, *International law*, vol. I, p. 51.

141. Brierly, *The law of nations. An introduction to the international law of peace*, Oxford, 1928 reproduit la définition de lord Mansfield à la p. 39.

142. Phillimore, *op. cit.*, p. 21.

143. Westlake, *Traité de Droit international*, traduction de Lapradelle, Oxford, 1924, § 15.

évidence son origine romaine et par conséquent sa parenté avec le Droit civil. Cette dernière proposition a été développée par un jurisconsulte anglais, autrichien de naissance, le professeur Lauterpacht dans une remarquable étude, intitulée « *Private law sources and analogies of international law*¹⁴⁴.

A côté des travaux de doctrine, nous avons fait allusion au commencement de ce chapitre à la grande influence exercée sur l'évolution du Droit international par la pratique jurisprudentielle. A ce propos, il est intéressant de constater que de très bonne heure, les tribunaux anglais ont attribué à la coutume internationale un sens beaucoup plus large que celui qu'elle renferme ordinairement. Un exemple nous est fourni par le juge Marshall quand il déclare que : « *tout droit (law) peut se résoudre en principes généraux. Les cas qui se présentent par un nouveau concours de circonstances et qui, à l'aide de corollaires exacts, conduisent à une application toujours plus étendue des principes anciennement admis, peuvent sans cesse se multiplier; mais tant que la connexion avec les principes originaux est solidement établie, se maintient dans sa pureté et ne cesse pas d'être ininterrompue la pratique n'est pas nouvelle et il n'est pas question de l'innovation de l'ancien droit (law). Ce ne sont en réalité que d'anciens principes qui sont appliqués à des situations nouvelles*¹⁴⁵. »

Et l'opinion de l'autre grand juriste anglais lord Stowell est absolument dans le même sens¹⁴⁶.

57. Cette orientation n'a pas été sans influence sur la doctrine. Lawrence, dans son traité célèbre de Droit international se range délibérément de ce côté, après avoir placé comme

144. Lauterpacht, *Private law sources and analogies of international law*, London, 1927.

145. Marshall, dans *The Schooner Exchange*, cité par Wildman, *Institutes of international law*, 1849-1859, t. I, p. 35, cité encore par Koster, Les fondements du droit des gens, dans la *Bibliotheca Visseriana*, t. IV, p. 127.

146. Lord Stowell, dans *The Ringende Jacob*, 1789, Robinson Admiralty Reports, t. I, p. 90 et encore dans *The Atlanta*, 1808, Robinson, *op. cit.*, t. IV, p. 458.

tant d'autres, la coutume parmi les pactes tacites. — « Nous ne devons jamais l'oublier, dit-il, qu'aucune règle ne peut avoir l'autorité d'une loi à moins d'avoir été généralement acceptée par les Etats civilisés » Et il ajoute : « *La coutume est pour ainsi dire le filtre par lequel tout ce qui vient des sources doit passer avant d'arriver au cours d'eau*¹⁴⁷. »

Dans ce passage, nous trouvons deux interprétations différentes de l'idée de coutume. Dans la première acception elle signifie coutume-pacte tacite; dans la seconde provenant de cette fonction de filtre, ce serait, d'après nous, un ensemble de principes qui ne laisse pénétrer en droit des gens que ce qui est conforme à leur esprit. Ils sont pour ainsi dire les gardiens de l'unité de notre science.

A la pensée si subtile de Lawrence, dont nous pouvons dire qu'elle touche aux confins de la philosophie du droit, s'opposent les conceptions réalistes et pratiques de Wheaton.

Ce représentant de l'Ecole américaine, ou ce qui est plus exact d'une certaine nuance de cette école, trouve le fondement de notre science dans le consentement des Etats, exprimé tacitement dans la coutume, expressément par le traité et plus loin il ajoute : « *Pour le juriste qui étudie le droit positif, il est absolument indifférent d'où vient le consentement : est-ce l'obéissance à une loi divine, à la morale, à l'utilité ou bien est-ce l'effort de la raison dans l'organisation étatique*¹⁴⁸ ». Si cette attitude devient encore plus nette quand Wheaton, se demandant ce qui détermine la force obligatoire d'une convention, se refuse à prendre parti, car « *la réponse à cette question est évidemment du domaine de la philosophie et non de la science du droit*¹⁴⁹. ».

Cette obstination à interdire au juriste toute immixtion dans la philosophie nous paraît se dégager encore de la

147. Lawrence, *Les principes du Droit international*, traduction de Lapradelle, Oxford, 1920, p. 99-100.

148. Wheaton, *Elements of international law*, 6^e éd. publiée par A. Berriedale Keith, London, 1929, p. 9-10, vol. I.

149. Wheaton, *op. cit.*, p. 20.

doctrine du professeur anglais William Hall. Tout au commencement de son *Traité du Droit des gens*, Hall nous montre les deux conceptions entre lesquelles il faut se décider : la première envisage notre science comme l'application d'un principe idéal de justice ; la seconde la considère comme le produit des relations entre les Etats¹⁵⁰.

J'ai transcrit cette formule, car elle contient en germes les deux grandes théories qui se partagent, aujourd'hui encore, les suffrages, des juristes. La première conception reproduit dans un raccourci saisissant la théorie de M. Kelsen ; la seconde d'une manière tout aussi heureuse celle de Léon Duguit. Il va sans dire que Hall se prononce pour la dernière et reste, comme nous l'avons déjà dit, sur le terrain strictement limité des relations entre Etats.

Une telle attitude est-elle recommandable ; peut-elle suffire à un internationaliste ?

Les pages suivantes du traité de Hall sont tout à fait instructives à cet égard ; elles se chargent de répondre à notre question. En effet, après avoir dit qu'un usage — Hall emploie les deux mots sans distinguer l'usage de la coutume — fait partie du droit des gens si son autorité est indiscutable ; il arrive aux usages à autorité moins sûre qu'il qualifie d'usages discutables. Quel est le critérium de distinction entre les deux catégories ? Hall n'arrive pas à le dégager. Le second exemple que nous trouvons à la page suivante nous paraît encore plus suggestif. Dans la pratique internationale — c'est une simple constatation que nous faisons ici — entre traité et coutume il existe de nombreuses influences réciproques. Cette question nous l'avons touchée en passant lors de l'exposition des idées de M. de Visscher et nous allons la reprendre plus tard. Dans le présent chapitre nous voulons montrer que Hall, critique vivement les auteurs qui croient voir dans cette influence des principes supérieurs à

150. Hall, *A treatise on international law*, 8^e éd. publiée par A. Pearce Higgins, Oxford, 1924, p. 1-8.

la volonté des Etats. Il s'appuie sur la fameuse règle « *res inter alios acta* » et va jusqu'à contester la réalité des faits¹⁵¹. Cette attitude ne peut s'expliquer autrement que par l'absence d'une conception assez large du Droit des gens, conception qui puisse non seulement embrasser ce qui existe actuellement mais encore tracer la courbe de ses développements ultérieurs.

58. A la sécheresse et au positivisme, à l'outrance de Hall, s'oppose l'esprit beaucoup plus large et plus original du successeur de Westlake à Cambridge, du professeur Oppenheim.

Dans un article publié en 1912 M. Amos Hershey émet l'opinion que dans son ensemble la doctrine d'Oppenheim relève plutôt du continent que de l'Ecole anglaise¹⁵². Cette appréciation nous paraît juste surtout quand on se rappelle que Oppenheim, Allemand d'origine, a fait ses études en Europe.

Sur la coutume internationale nous lui devons un ensemble d'études de première importance. Dans son traité, devenu classique depuis de longues années, Oppenheim commence par examiner la signification du mot « *source* ». Il montre qu'en Droit des gens, celle-ci doit être considérée comme l'élément formel par excellence¹⁵³. Elle donne, force obligatoire à tout ce qui vient grossir le contenu de notre science. Pour préciser les idées nous dirons simplement qu'elle est la source dans le sens formel de M. Anzilotti.

Une fois cette constatation bien dégagée, Oppenheim se tourne vers le positivisme et reproduit la distinction, bien connue, entre pacte exprès et pacte tacite; c'est-à-dire entre le traité et la coutume.

151. Hall, *op. cit.*, surtout p. 7.

152. A. Hershey, *International law since the peace of Westphalia*, *A. J. I. L.*, 1912, p. 30.

153. Oppenheim, *International law, a treatise*, 4^e éd., publiée par Mc Nair, 2 vol., un seul paru, Londres, 1928, p. 24.

Entre les deux parties du Droit international, le droit coutumier est le plus important et cette proposition, ill'a très bien démontrée dans un article de « *l'American Journal of international law*¹⁵⁴. » Il n'existe pas de Droit international universel d'origine contractuelle — dit Oppenheim — car les conventions signées par un grand nombre d'Etats comme par exemple celle de La Haye, ou encore le Pacte de la Société des Nations, ajoutons-nous aujourd'hui, ne lient pas tout les Etats de la terre mais seulement les Etats signataires. Et encore, il est prévu dans chacune de ces conventions, la possibilité pour chaque Etat signataire de retirer son adhésion après l'accomplissement de certaines formalités déterminées¹⁵⁵. Dans une pareille hypothèse ou encore plus généralement, en l'absence d'un droit conventionnel, le droit coutumier reprend toute son importance.

Les recherches d'Oppenheim ne s'arrête pas ici et dans une étude parue en 1915 il procède à l'examen détaillé du contenu de la coutume internationale afin de déterminer la provenance de sa force obligatoire.

« L'accord des volontés peut s'exprimer aussi de manière tacite et indirecte et faire qu'une certaine règle soit respectée comme de droit parce que ceux qui la respectent ont la conviction qu'elle est juridiquement obligatoire, c'est le Droit international coutumier^{155bis} ».

De ce passage il apparaît clairement que la coutume est la reconnaissance d'un droit préexistant et que le consentement n'est que l'effet de sa reconnaissance. Telle règle est conforme au droit, j'en suis convaincu, je consens à la suivre. La suivrai-je longtemps ? qu'importe ! Dans cette conception l'usage ne vient plus en ligne de compte, car le droit coutumier s'est formé au moment où j'ai suivi la règle pour la première fois.

154. Oppenheim, *The science of international law*, *A. J. I. L.*, 1908, p. 320 et suiv.

155. Voir par exemple l'art. 3 du Pacte de la Société des Nations.

155bis. Niemeyer, *Zeitschrift für internationale Recht*, 1915, vol. XXV, p. 12.

Une pareille opinion aurait fait faire à la doctrine du droit des gens un progrès considérable, si Oppenheim lui-même n'avait pas fléchi devant sa propre audace. Et en effet toute cette belle construction est jetée à terre dans le passage suivant : « L'accord dans le cadre du Droit international coutumier se forme inconsciemment tandis que dans les traités (*Vereinbarung*) il est conscient et son objet bien déterminé. Dans ce dernier cas, les volontés des Etats concourent au même instant et leur but est bien défini. Par contre, l'accord des Etats de la communauté internationale qui respecte une règle coutumière se conclut dans leur subconscient et certainement pas au même instant. Ici, le consentement se forme sans que les Etats s'en aperçoivent jusqu'à ce qu'il soit définitivement donné, tandis que là-bas, il est donné directement et en pleine connaissance de cause¹⁵⁶.

La contradiction entre ces deux passages est éclatante. Si la reconnaissance d'un droit n'est pas un « *but déterminé* » si elle se forme dans le « *subconscient* », alors qu'est-ce qu'elle est cette reconnaissance ? Oppenheim a échoué dans sa tâche. Sa faute a été de mélanger deux théories qui s'excluent complètement. Ou bien on se prononce pour l'ancienne théorie : coutume-pacte tacite; ou bien on adopte délibérément celle de coutume-reconnaissance d'un droit pré-existant¹⁵⁷.

Malgré cet échec, la pensée d'Oppenheim ouvre, même à son insu, de nouvelles perspectives sur notre sujet et dont nous ne saurions méconnaître l'importance.

Le rôle de la coutume dans sa conception du droit des gens ne s'arrête pas ici. Son influence le domine tout entier, car la règle « *pacta sunt servanda* » sur laquelle repose la force

156. Oppenheim, *International law, a treatise*, 4^e éd. publiée par A. Mc Nair, Londres, vol. I, p. 24.

157. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Vienne, 1926, p. 56 relève aussi la contradiction.

obligatoire des traités est aussi, d'après Oppenheim, d'origine coutumière¹⁵⁸.

Si nous considérons cette affirmation dans l'ensemble de sa doctrine, c'est-à-dire si nous plaçons la coutume dans la catégorie des pactes tacites et si, réciproquement, nous tenons pour vrai que, à tout pacte tacite, en droit des gens correspond une coutume; notre auteur a parfaitement raison.

Pécisons les idées. En droit interne si je fais un contrat — je laisse bien entendu de côté les actes qui exigent des formalités spéciales, ils constituent l'exception — je n'ai pas besoin d'écrire : ce contrat est obligatoire. Ma volonté s'est tacitement exprimée. Je savais au moment de conclure le contrat que la loi attache certaines qualités à mon acte, entre autre, qu'elle le rend obligatoire de par la seule qualité de contrat; et alors je n'ai plus exprimé ma volonté sur ce point de manière expresse. Elle est restée tacite et cette qualité se maintient si nous passons sur le plan du Droit international. Maintenant, si dans cette partie du droit nous érigeons un axiome que toute expression de volonté tacite doit se placer sous l'étiquette du droit coutumier, je ne vois aucune raison à exclure la règle *pacta sunt servanda*.

Personnellement je ne suis pas de l'avis d'Oppenheim que la coutume est un pacte tacite et par conséquent je ne peux souscrire non plus aux conséquences qu'il tire de ce principe. Mais, je le répète, cette conséquence est parfaitement logique si nous nous plaçons au point de vue du professeur anglais.

Il est intéressant de trouver la même opinion exprimée bien avant celle que nous avons étudiée précédemment par Sir Leslie Stephen, sous la forme suivante : « La coutume n'est pas la création du droit (law) mais celui-ci la création de la coutume¹⁵⁹. »

158. Oppenheim, *International law, etc., op. cit.*, vol. I, p. 703, § 493.

159. Sir Leslie Stephen, *The English utilitarians*, vol. III, p. 328 cité par J. Brown Scott, dans *The legal nature of international law*, *A. J. I. L.*, 1907, p. 847.

59. L'influence exercée par Oppenheim sur l'ensemble de l'Ecole anglo-américaine est indéniable mais j'ajoute aussitôt qu'une nouvelle tendance se fait jour actuellement sur l'interprétation du concept de la coutume internationale. Cette tendance, représentée aux Etats-Unis par Charles Hyde, en Grande-Bretagne par P. E. Corbett, accentue surtout le caractère probatoire de la coutume. Une telle attitude apparaît moins distinctement chez le premier car celui-ci écrit d'abord : « Les sources du Droit international, c'est l'endroit où les principes et les règles qui régissent la conduite des Etats apparaissent pour la première fois en cette qualité, c'est-à-dire différentes des causes qui les engendrent et des moyens qui les prouvent. Et l'on considère telles, en premier lieu, la coutume et en second lieu certaines conventions ou certains traités¹⁶⁰. Et ensuite, quelques lignes plus loin, nous trouvons que : « La coutume comme source du Droit international ne doit par être confondue — et Westlake l'a très bien remarqué — avec le simple usage ou la conduite courante. Elle signifie plutôt « telle ligne de conduite que la société a consenti à regarder comme obligatoire ». En ce dernier sens la coutume internationale indique une pratique générale que l'on peut complètement assimiler au droit¹⁶¹ ».

Par contre, Corbett accepte la seconde interprétation et lui reste fidèle, sans contester nullement l'importance du consentement, mais il lui assigne un rôle bien déterminé, celui de source formelle — Autrement dit, l'Etat ne peut pas créer le droit, son rôle se borne uniquement à le constater.

Il est vrai que Corbett n'insiste pas beaucoup sur cette distinction et souligne qu'entre le fait de créer et de consta-

160. Charles Hyde, *International law chiefly as interpreted and applied by the United States*, 2 vol., Boston, 1922, t. I, p. 6, § 3. Et dans le même sens, Despagnet, *Cours de Droit international public*, vol. IV, éd. VI, p. 55-60; Bonfils, Fauchille, *op. cit.*, 7^e éd., 1^{re} partie, t. I, § 46; Oppenheim, *op. cit.*, p. 23 et suiv.

161. P. E. Corbett, *The consent of States and the sources of the law of nations*, dans *The British year book of international law*, année 1925, p. 20 et suiv. Voir surtout, p. 23.

ter le droit, dans l'organisation internationale actuelle il n'y a pas de grande différence. Pour revenir à notre sujet, Corbett accentue énergiquement que la coutume est un moyen de preuve pour le Droit des gens. « La coutume a de l'intérêt pour l'internationaliste, seulement parce qu'elle prouve le consentement général des Etats; c'est le consentement qui fait le droit. Quand l'usage est devenu universel, il se transforme en coutume et le principe dont il est l'application, devient principe du droit des gens (law)¹⁶² ».

Autrement dit, pour Corbett le processus de création, par voie coutumière, du Droit international positif se décompose de la manière suivante : deux ou plusieurs Etats consentent à respecter, dans leurs relations extérieures, une certaine règle déterminée. Le ou les principes qui se dégagent de cette règle, passent, par le fait même de cette acceptation, en droit des gens. La preuve de leur passage, c'est la coutume qui nous la fournit. Ainsi le caractère de « source » qu'on attribue généralement à la coutume passe au consentement, et la coutume devient uniquement un instrument probatoire.

Cette attitude se précise d'avantage quand notre auteur critique la définition donnée du Droit international, coutumier, par un autre publiciste Pitt Cobbett. D'après cette définition, la coutume serait « non seulement une habitude courante, mais une règle de conduite reposant sur l'approbation générale¹⁶³ ».

La critique de Corbett commence par la constatation que la définition précédente est simplement la réponse qu'un juriste devrait faire si on lui avait demandé de *prouver une coutume interne*, car en Droit international cette « approbation générale » n'est nullement nécessaire, l'approbation de l'Etat étant amplement suffisante. Les idées de M. Corbett sont assurément ingénieuses et leur présentation ne manque

162. P. E. Corbett, *op. cit.*, p. 23.

163. Pitt Cobbett, *Leading cases of international law*, 4^e éd., vol. I, p. 4.

pas de force persuasive. Leur mérite principal nous paraît résider surtout dans l'importance qu'il attribue aux principes généraux, les principes sont poussés au premier plan. Ce sont eux qui dominent les faits, ce sont eux que l'on applique dans la pratique courante. La doctrine s'est emparée des tendances qui existaient depuis longtemps dans la jurisprudence et nous les présente ici sous forme de système. C'est-à-dire qu'elles n'apparaissent plus comme les données immédiates des nécessités sociales mais comme les déductions logiques d'un principe préalablement établi.

60. Des pages précédentes, dans lesquelles nous avons essayé d'exposer la contribution apportée par l'Ecole anglo-américaine à l'étude de la coutume internationale, il se dégage quelques idées d'ensemble sur lesquelles nous allons insister ici, avant de passer à l'école suivante.

Le lecteur se rappelle qu'au commencement de ce chapitre nous avons présenté comme une caractéristique des publicistes anglais et américains leur préférence marquée pour les solutions pratiques, pour les raisonnements à portée immédiate et, par contre, leur manque d'intérêt pour les constructions d'ensemble pour les spéculations philosophiques. Il nous paraît intéressant à mettre en relief certaines autres particularités qui nous paraissent se détacher de l'étude précédente. Ainsi par exemple, officiellement en Angleterre, le Droit international fait partie de la loi du pays. Faut-il entendre par cette affirmation que tout le droit des gens est admis en bloc et considéré comme « *municipal law* » ? Pas le moins du monde ! Le droit coutumier dans sa plus grande partie — à cause de la position géographique de l'Angleterre — provient de la jurisprudence des tribunaux des prises. C'est la coutume en Droit international maritime qui constitue la contribution la plus importante de l'Ecole anglaise. Je veux dire par là que ce qui devient *municipal law* c'est la jurisprudence de ces tribunaux des prises. Il arrive souvent que peu à peu les mêmes principes sont adoptés par d'au-

tres Etats et alors, si l'Angleterre les accepte, ce n'est pas, parce qu'ils sont du droit des gens mais simplement parce que des Stowell et des Mansfield ont présidé à leur élaboration.

Faut-il déduire de ces affirmations que le droit international en Grande-Bretagne ne saurait-être que du droit interne, « internationalisé » ? Une telle déduction est absolument fausse. D'après nous un litige est du droit des gens indépendamment des tribunaux qui en prennent connaissance. Que l'interprétation du tribunal soit bonne ou mauvaise, la chose n'a pas d'importance, ce qu'il faut retenir, c'est que la *nature* du litige ne peut dépendre que du litige lui-même.

Pour revenir à notre sujet, l'apport de l'Ecole anglo-américaine au concept de la coutume internationale nous paraît se résumer en trois points principaux avec l'exposition desquels nous arrivons à la conclusion de ce chapitre. Le premier : c'est l'opinion de Ferguson que nous avons rapprochée de la *pollicitatio* romaine, le second, c'est la conception d'Oppenheim : coutume-reconnaissance d'un droit préexistant; enfin le troisième, c'est la fonction d'instrument probatoire que lui attribue d'abord la jurisprudence et après elle la doctrine, cette dernière représentée par un auteur sur lequel nous avons assez longuement insisté : Charles Corbett.

*
* *

5. L'Ecole ibéro-américaine.

61. Le titre sous lequel nous exposons les opinions des principaux juristes : espagnols, portugais et sud-américains concernant la coutume internationale, n'est pas sans soulever quelques protestations qui ne sont pas, hâtons-nous de le dire, dénuées de tout fondement. Ce titre d'ibéro-américaine, paraît méconnaître l'existence d'une solidarité entre les deux continents que rien ne sépare, sinon l'étroit canal de Panama.

Il va sans dire que dans l'avenir les facteurs mis en relief par M. Alvarez¹⁶⁴, accompliront leur œuvre, surtout si la civilisation espagnole se maintient dans cet état de passivité dans lequel elle se trouve aujourd'hui. Mais, comme le dit très bien M. Politis¹⁶⁵ la fusion spirituelle entre les Etats Unis et les Républiques de l'Amérique du Sud, ne s'est pas encore accomplie.

Personnellement, je suis convaincu qu'à l'heure actuelle la vieille Angleterre, par sa communauté de langue, de race et de civilisation avec ses anciennes colonies, y exerce une influence considérable. Cette communauté est trop forte pour s'effacer devant les limites continentales, et si nous examinons les statistiques nous constatons que l'énorme majorité des touristes américains qui viennent en Europe, s'arrêtent en Grande-Bretagne. L'influence espagnole sur l'Amérique latine est, bien entendu, moindre; mais pour l'avenir qui pourrait, raisonnablement, contester la possibilité de la renaissance d'un peuple qui a joué un si brillant rôle au moyen-âge et que les guerres, n'ont plus troublé depuis si longtemps.

Voilà pourquoi j'ai adopté cette dénomination d'ibéro-américaine plutôt que de fusionner les deux écoles du nord et du sud sous le titre d'Ecole panaméricaine ¹⁶⁶.

Cette controverse sur le titre mise de côté, examinons dans ce chapitre quelles sont les opinions des auteurs (espagnols, portugais et sud-américains sur la coutume internationale

62. L'un des auteurs les plus appréciés, il y a une cinquantaine d'années, Charles Calvo, dans le chapitre qu'il

164. Alejandro Alvarez, *La Panaméricanisme et la sixième conférence panaméricaine tenue à La Havane en 1928. Communication à l'Académie des Sciences morales et politiques*, Paris, 1928, p. 32.

165. Francisco José Urrutia, *Le continent américain et le Droit international*, avec une préface de M. N. Politis, Paris, 1928, préface, p. V.

166. Alvarez, *Le Panaméricanisme*, *op. cit.*, p. 44 est absolument contre notre point de vue.

consacre aux sources du droit des gens, procède à l'énumération de celles-ci, mais sans compter la coutume comme une source bien distincte des autres. Pour cet auteur : les opinions des publicistes, les traités et conventions, l'histoire, les actes diplomatiques, les décisions des tribunaux des prises etc., sont autant de sources du droit international. Cette liste démesurément longue se réduit de beaucoup. Si nous remarquons que les opinions des publicistes représentent souvent le droit en vigueur, c'est-à-dire la coutume, et quant à l'histoire, elle nous paraît se confondre complètement avec celle-ci. Du reste Calvo lui-même l'affirme : « Comme une grande partie du droit international repose sur la coutume, sur les pratiques généralement suivies et sur une sorte de jurisprudence traditionnelle, l'histoire devient d'une nécessité absolue, et ses résultats, au moins au point de vue théorique, peuvent être regardés comme concluants¹⁶⁷. »

63. A l'heure actuelle, dans la littérature juridique de l'Ecole ibéro-américaine, les opinions de Calvo ont été reprises par deux juristes distingués M. Antokoletz et Hontoria dans leurs traités respectifs de droit international. Le premier, notamment, insiste beaucoup sur l'importance de la coutume qu'il considère, à juste raison, comme la première manifestation du droit. Elle a régi le droit de la guerre depuis les temps les plus anciens dit M. Antokoletz¹⁶⁸, et encore aujourd'hui, les conventions contiennent souvent des dispositions par lesquelles, elles confirment ou abrogent une coutume préexistante.

Et plus loin il donne des exemples : la Convention du 29 juillet 1899 concernant les lois et *coutumes* de la guerre

167. Ch. Calvo, *Le Droit international théorique et pratique*, 2^e éd., 4 vol., Paris, 1870, vol. I, p. 111, le passage nous le retrouvons encore dans une autre publication du même auteur, *Dictionnaire du Droit international public et privé*, 2 vol., Paris, 1885, t. I, p. 272 au mot : « Droit des gens » et surtout p. 274.

168. Antokoletz, *Tratado de derecho internacional publico en tiempo de paz*, 2 vol., 1924-1925, t. I, p. 53-55.

sur terre signée à La Haye¹⁶⁹ celle du 16 avril 1856 qui règle divers points de droit maritime, signée à Paris, convention par laquelle on abolit la « course » qu'avait reconnue légitime pendant les siècles le droit¹⁷⁰ coutumier. Mais ajoute encore M. Antokoletz, l'influence de la coutume se fait sentir aussi en temps de paix et il montre avec beaucoup de raison comment les règlements de Vienne 1815¹⁷¹ et d'Aix-la-Chapelle 1818¹⁷² ont complété une coutume qui existait depuis la plus haute antiquité, celle de l'inviolabilité des agents diplomatiques par des dispositions fixant leur rang, pour prévenir les conflits de préséance, très fréquents à cette époque entre les diplomates.

La coutume internationale apparaît ainsi une partie très importante du droit des gens et sa force obligatoire est tout aussi grande que celle du traité. Par cette affirmation, M. Antokoletz est conduit à examiner quelles sont les qualités d'une règle coutumière déterminée pour qu'elle s'impose aux Etats. Ces qualités, notre auteur les groupe sous les cinq points suivants : 1^o la coutume doit être pratiquée depuis un certain temps et d'une manière continue; 2^o qu'elle ne fût pas tombée en désuétude par le non-usage; 3^o qu'elle soit respectée par un nombre suffisant d'Etats pour pouvoir constituer une règle internationale généralement admise; 4^o qu'elle soit conforme à la justice et à l'humanité, car un acte illicite et barbare ne peut constituer une règle du monde civilisé, et enfin 5^o qu'elle ne provoque pas la violation d'une coutume en vigueur ou d'un traité existant, et M. Antokoletz donne comme exemple la violation des règles de la guerre maritime en 1914-1918 et ajoute qu'une telle violation ne pourrait jamais constituer une nouvelle coutume.

169. J. Basdevant, *Traités et conventions en vigueur entre la France et les Puissances étrangères*, 4 vol., Paris, 1922, t. IV, p. 320.

170. Basdevant, *op. cit.*, t. III, p. 703.

171. Le baron Descamps, Louis Renault, Jules Basdevant, *Recueil international des Traités du XIX^e siècle*, 8 vol. parus, 1801-1907, t. I, p. 362.

172. Antokoletz, *op. cit.*, t. I, p. 52.

A regarder de près cette énumération, nous la trouvons beaucoup trop longue et encore, dans son dernier point, sujette à caution. Trop longue d'abord, parce que les trois premiers points peuvent se réduire à un seul; formulé ainsi : « la coutume à besoin d'être confirmée par un usage suivi et général ». Le quatrième point de M. Antokoletz est très important. C'est l'affirmation d'un principe supérieur, c'est l'idée de justice qui doit se dégager de toute activité humaine qui porte le nom de droit, de toute organisation que l'on qualifie de juridique¹⁷³.

Quant au cinquième point nous l'estimons parfaitement inutile. Car l'exemple cité par notre auteur n'est qu'une application du principe précédent, celui formulé sous le point quatre, et quant à l'opinion que toute coutume doit refléter nécessairement le droit en vigueur, elle nous paraît insoutenable. Contester à la coutume toute fonction modificatrice du droit existant, c'est méconnaître le processus évolutif qu'a subi le droit à travers les âges, c'est considérer notre science à jamais enfermée dans les formules actuelles. Il va sans dire qu'une telle attitude n'est pas la nôtre,

64. Dans le traité de M. Hontoria nous trouvons sur la coutume internationale des développements peut-être moins considérables, mais les conclusions qu'il en tire sont particulièrement intéressantes.

Tout d'abord il commence par montrer le rôle de la coutume dans l'évolution du droit des gens et fait sienne l'opinion de Holtzendorf qu'il dépasse d'ailleurs notablement en affirmant qu'en droit international, la coutume est supérieure au droit écrit.

En effet d'après Holtzendorf-Rivier (pour l'édition française) dans bon nombre de traités et surtout dans les anciens on trouve la stipulation que les Etats entendent se lier à perpétuité. Or, cette clause est souvent violée,

173. Antokoletz, *op. cit.*, p. 52.

par une coutume contraire, et à Holtzendorf-Rivier de conclure : « La question de la désuétude en droit des gens ne peut pas être appréciée avec exactitude, mais nous pouvons la détacher de toute analogie d'avec la législation interne et constater qu'en droit des gens la coutume n'occupe pas le rang inférieur, comme en droit privé ou en droit pénal¹⁷⁴ ».

Ensuite M. Hontoria expose la théorie dominante selon laquelle la coutume est un pacte tacite et par suite rendu obligatoire par la règle *pacta sunt servanda*.

« Mais, ajoute notre auteur, parce qu'en outre la raison de la conduite, conforme à la coutume, doit être cherchée dans la conviction des Etats qu'agir ainsi est juste et qu'agir autrement est injuste, il arrive fréquemment qu'une coutume très répandue apparaît obligatoire à l'égard des Etats desquels on ne peut citer aucun acte d'acquiescement. Autrement dit, quand peut-on affirmer qu'une norme de droit international coutumier est généralement obligatoire ?¹⁷⁵ ».

L'élément psychologique, l'*opinio necessitatis* qu'avait laissée dans l'ombre M. Antokoletz apparaît et menace toute la construction des positivistes. A la question que lui-même s'était posée, M. Hontoria répond textuellement : « Sur ce point nous tournons en rond (*volveremos*) » et cherche dans les écrits des jurisconsultes le contenu du droit coutumier ; cet ensemble de règles que respectent les Etats avec la conviction *qu'ils sont tenus de le faire* comme étant de droit.

Cette contradiction, que l'auteur espagnol a parfaitement sentie mais qu'il n'a pu éviter, apparaît encore chez un autre publiciste de la même école, Olmeda. « Le droit coutumier, dit-il, est fondé sur le consentement

174. Holtzendorf-Rivier, *Introduction au droit des gens*, Hambourg, 1883, p. 95.

175. Hontoria, *Tratado de derecho internacional publico*, Madrid, 1928, p. 21-22.

tacite des Etats, et notamment quand il s'agit de coutumes adoptées seulement par certains d'entre eux; mais quand la coutume est généralement acceptée elle oblige en général tous les Etats¹⁷⁶ ».

Est-il besoin d'ajouter que la difficulté reste entière et qu'Olmeda non plus n'a pas fourni un critérium satisfaisant pour expliquer pourquoi *telle coutume est généralement admise*?

Si nous examinons maintenant la contribution des publicistes sud-américains au sujet de notre étude, quelques considérations d'ensemble nous aideront à mieux saisir l'esprit dans lequel travaille cette école, esprit qui est absolument différent de celui rencontré dans les écoles précédentes.

En effet, les juristes sud-américains ont dirigé leurs efforts vers trois buts bien définis : 1^o la codification du droit international; 2^o l'organisation panaméricaine et 3^o l'institution de l'arbitrage obligatoire¹⁷⁷.

Par conséquent, nous sommes conduits à examiner le rôle de la coutume dans les deux domaines qui touchent de près à notre science, dans l'arbitrage et dans la codification, car l'organisation panaméricaine relève plutôt du droit interne que du droit international.

Or, un tel examen ne serait pas à sa place dans le présent chapitre, consacré exclusivement à l'étude des opinions doctrinaires. Ainsi, nous pensons éluder la difficulté en arrêtant notre choix sur l'un des plus distingués représentants de cette école, M. Alejandro Alvarez¹⁷⁸.

176. Olmeda, *Elementos del derecho publico de la paz y de la guerra*, vol. I, p. 19.

177. F. Urrutia, *op. cit.*, préface de M. Politis, préface, p. V.

178. Les opinions de M. Alvarez se dégagent d'un ensemble de publications qu'il est très difficile d'énumérer ici. La plupart, je les ai prises de mes notes personnelles du cours qu'il a professé en 1929-1930 à l'Institut des Hautes-Etudes Internationales de Paris. Pour l'orientation du lecteur, je cite encore du même auteur : *La codification du Droit international*, Paris, 1910; le Panaméricanisme et la sixième conférence panaméricaine, Paris, 1928 et les deux articles suivants : 1^o L'esprit américain et la vie interna-

65. Le panaméricanisme, « la solidarité continentale », l'une des idées les plus chères à M. Alvarez est complété par une autre conception tout aussi intéressante, celle de l'existence d'un droit particulier à l'Amérique et, par suite, différente du droit européen. Pour interpréter exactement la pensée de notre auteur, il faut immédiatement ajouter que ce droit n'est nullement contraire au droit de notre vieille Europe. C'est un droit spécial; il répond à certaines nécessités du Nouveau Monde, qui sont, sous certains aspects, différents des nôtres.

L'opinion de M. Alvarez sur ce dernier point nous paraît correspondre à la réalité. Une analyse superficielle pourrait faire croire qu'elle est une conséquence de la première, du panaméricanisme. Nous estimons que les deux propositions n'ont rien à faire, vu que l'on peut très logiquement concevoir, en Amérique du Sud par exemple, certaines circonstances sociales qui demandent à être réglementées et qui manquent complètement en Amérique du Nord.

La préoccupation de préparer la codification du droit international, cette tendance que nous indiquons précédemment comme la plus caractéristique de l'Ecole ibéro-américaine, se dégage aussi de l'œuvre de M. Alvarez, les opinions sur les grands principes du droit des gens sont exprimées dans un projet portant le titre de « Bases fondamentales du droit international¹⁷⁹. Ce projet a été approuvé par la commission internationale des juristes américains dans sa réunion de Rio-de-Janeiro en 1927 comme étant susceptible de faciliter les travaux d'une éventuelle codification.

tionale; 2° La sixième conférence panaméricaine et le droit international, dans la *Revue de Droit international* (de Lapradelle-Politis), année 1928, p. 509-594. Voir encore l'article de M. de Lapradelle, A propos de la sixième conférence panaméricaine. Quelques mots sur les idées et l'œuvre de M. Alejandro Alvarez, même revue, p. 501, même année.

179. Alvarez, Le Panaméricanisme, *op. cit.*, p. 128. Le projet est encore reproduit et commenté par M. J. Urrutia, Le continent américain, *op. cit.*, p. 226.

Son économie est très intéressante, car les idées de M. Alvarez sont présentées sous une forme brève et précise. La coutume apparaît dès le premier article : « Le droit international comprend les règles, coutumes, usages et principes reconnus par les Etats comme étant applicables dans leurs relations. »

Et plus loin à l'art. 5, nous trouvons une nouvelle allusion. Cette fois M. Alvarez s'attaque au problème si délicat des coutumes généralement obligatoires, que M. Hontoria et Olmeda n'ont pu résoudre.

L'article 5 nous dit ceci : « Les règles conventionnelles obligent seulement les Etats qui les ont ratifiées ou qui y ont adhéré. Mais si elles ont un caractère fondamental et ont été acceptées par la grande majorité des Etats, chacun de ces Etats pourra solliciter les bons offices de l'Union panaméricaine pour les faire admettre par tous si possible ».

M. Alvarez a constaté que dans le commerce juridique courant, certains traités sont respectés par des Etats qui ne les ont pas signés et, en présence de ces faits, il tire la conclusion que les principes qu'ils renferment dépassent par leur importance le domaine du droit contractuel ou particulier. Ils font partie des principes généraux de notre science.

Si maintenant nous examinons de quelle nature est le droit que respectent les Etats en dehors de toute convention expresse ou tacite, nous tombons forcément sur le droit coutumier.

Par conséquent, dans l'article 5 M. Alvarez attribue à l'Union panaméricaine la fonction d'intervenir auprès des Etats membres de l'Union pour faire respecter la coutume « généralement admise. [» Cette intervention sera-t-elle efficace? Nous en doutons fortement. L'Union panaméricaine dans son organisation actuelle ne se voit pas attribuer une telle compétence. Si l'avenir se charge de combler cette lacune, ce qui est fort possible, l'art. 5 de

M. Alvarez sera une contribution des plus importantes à l'avancement du droit international.

L'article 7 soulève aussi quelques observations en rapport avec notre sujet. Il indique les éléments auxquels on doit recourir pour trancher un litige entre Etats, en l'absence d'un traité qui aurait indiqué exactement leurs intentions. A défaut de règles conventionnelles — dit l'article 7 — on se rapportera, comme éléments subsidiaires : 1^o aux règles consuetudinaires; 2^o aux règles des conventions signées aux Conférences Internationales non encore ratifiées, mais dont la ratification est en instance et sur lesquelles il n'a pas été fait de réserves; 3^o aux usages et coutumes plus ou moins généraux, lesquels ne peuvent être invoqués qu'entre les Etats qui les pratiquent; 4^o aux principes généraux du droit international; 5^o aux règles de justice internationale.

La rédaction de cet article nous paraît défectueuse surtout au point de vue des expressions employées. Nous avouons ne pas comprendre quelle est la différence entre règles consuetudinaires et coutumières, entre coutume et usage, dans la terminologie de M. Alvarez.

Après de nombreux efforts, on est parvenu à distinguer la coutume de l'usage. Alors, pourquoi les confondre de nouveau et considérer ces deux expressions synonymes quand on avait décidé une fois pour toutes qu'elles ne le sont pas ?

L'interprétation la plus plausible de cette nouvelle terminologie nous paraît être celle d'une graduation successive dans leur force obligatoire. Sur l'échelon inférieur, « usage et coutume ont le même sens, c'est-à-dire celui *de l'usage* dans la terminologie courante. Sur l'échelon supérieur, M. Alvarez place les règles consuetudinaires et leur assigne le caractère des règles coutumières généralement acceptées, telles que nous les concevons ordinairement.

Toutefois, même si notre interprétation correspond aux idées de M. Alvarez — ce que nous ne pouvons affirmer en toute sécurité — cette graduation nous paraît inutile. Aussi,

dans nos prochains développements, nous reviendrons à la terminologie traditionnelle, c'est-à-dire, à la seule distinction entre coutume et usage, d'après leur force obligatoire.

Avec M. Alvarez, nous avons examiné le système le plus caractéristique de l'Ecole sud-américaine. Il va sans dire que cette école se distingue notablement des juristes espagnols. Ses nombreux essais, quoique infructueux, sur la codification du droit international, ont été d'une grande utilité pour la rédaction du Pacte de la Société des Nations. Ils ont permis d'éviter beaucoup d'erreurs aux juristes chargés de cette rédaction et ont contribué ainsi à la construction du monument juridique le plus important de notre époque.

*
* *

66. Avec l'examen de l'Ecole ibéro-américaine nous touchons à la fin de la première partie de notre étude. Si nous jetons un coup d'œil sur nos développements précédents, nous constatons que les divergences d'opinion qui partagent les auteurs sur le concept de la coutume internationale sont les conséquences de deux tendances nettement opposées : les positivistes d'un côté ; les partisans du droit naturel de l'autre.

Adopter l'une ou l'autre de ces tendances, signifie assigner à la force obligatoire de la coutume une origine contractuelle selon la première, ou bien, extracontractuelle selon la seconde.

Quel parti prendre ?

La réponse arrivera bientôt. Tout ce que nous pouvons dire ici, sur la valeur respective de chacune d'entre elles, c'est d'engager le lecteur à réfléchir sur le passage suivant, où l'un des juristes les plus brillants de notre temps effleure la question : — « La doctrine de la volonté est assez embarrassée pour expliquer l'effet général attribué à la coutume. Elle se borne à dire qu'elle vaut pour les peuples qui sont

sensés y avoir tacitement adhéré. La doctrine de la conscience juridique n'a pas besoin de cette fiction. La règle de droit est obligatoire pour tous les peuples appartenant au milieu social où s'est formée la conscience juridique qui lui a donné naissance alors même que sa manifestation ne s'est produite que dans les rapports de certains d'entre eux seulement¹⁸⁰.

180. N. Politis, *Les nouvelles tendances du Droit international*, Paris, 1927, p. 49.

DEUXIÈME PARTIE

67. Dans la seconde partie de cette étude, nous allons creuser à notre tour le concept de la coutume internationale et nos opinions seront dans la mesure du possible étayées par les précédents jurisprudentiels que nous avons évité d'examiner jusqu'ici pour ne pas entraver le développement des systèmes doctrinaux.

Toutefois, avant de procéder à cet examen, nous estimons indispensable de tracer la cadre des principes généraux à la lumière desquels nous entendons poursuivre nos recherches. Cette introduction est destinée à éviter les répétitions et surtout à justifier notre attitude à l'égard des problèmes intéressants et difficiles que pose la coutume internationale. Entre les deux conceptions que nous avons présentées sur l'origine du droit : le système métaphysique de Kelsen et le système social de Duguit, nous nous prononçons pour ce dernier. Celui-ci nous paraît correspondre à cette vérité élémentaire et que malheureusement bon nombre de publicistes oublient, à savoir : que ce ne sont pas les faits qui se déduisent des principes, mais les principes qui se déduisent des faits. Les réalités sociales fournissent matière aux principes ; elles leur sont antérieures. Ainsi, par exemple, on parle aujourd'hui d'un droit international aérien. Pourrait-on imaginer ce droit avant la découverte des moyens de transports par les airs ? Certainement non ! Si un juriste s'amusait à rédiger un code de droit interplanétaire, en anticipant sur l'avenir, est-ce du droit qu'il fait ? Cer-

tainement non ! Mais alors qu'est-ce qu'il manque à ce code pour être du droit ? Voilà le vrai problème qui nous paraît susceptible de la solution suivante : tout ce qui est droit, doit être en contact plus ou moins intime avec la réalité, avec ce qui existe actuellement.

Une fois que nous avons fixé la racine du droit dans la sociologie, examinons maintenant la nature du rapport qui l'unit à l'idée de justice.

Ici il convient d'ouvrir une parenthèse. Toute science — et nous attribuons à cette observation une portée générale — repose sur un certain nombre d'hypothèses. Pour les sciences mathématiques, ces hypothèses sont peu nombreuses car les raisonnements se déduisent les uns des autres sans discontinuité. Et c'est pourquoi les sciences mathématiques n'ont jamais fait fausse route. La théorie du flogistique, celle de la génération spontanée et tant d'autres encore ont fait depuis longtemps faillite; les théorèmes de Pythagore, d'Apollonius, le postulat d'Euclide sont toujours en honneur. Il est juste qu'à notre tour, nous adoptions aussi une hypothèse sans laquelle toute notre construction menace ruine. Cette hypothèse est bien simple; nous supposons que toute manifestation *juridique* est conforme au droit; qu'elle émane de l'individu ou de l'Etat, elle renferme une partie de cette justice idéale, telle que nous la concevons aujourd'hui; c'est-à-dire telle que la conçoit le ^{xx}e siècle.

A regarder de près, cette hypothèse n'a rien de révolutionnaire; elle est tout simplement une transposition sur le plan du droit international du principe bien connu en droit civil que la bonne foi est toujours présumée et qu'il appartient à celui qui la conteste de prouver son absence.

Je mets tout de suite en garde le lecteur contre une fausse interprétation de ce que je viens d'avancer. Je n'entends nullement affirmer, que par le seul fait de vouloir telle ou telle chose, ma volonté exprime le droit; j'estime au contraire que l'expression, même de volonté juridique, signifie volonté con-

forme à la justice. Ce qui n'est pas juridique est arbitraire bien qu'il soit revêtu de toutes les solennités constitutionnelles, de toutes les ratifications du monde¹⁸¹ !. On dit couramment du traité qu'il est un acte juridique. Examinons-le. Si son contenu est conforme à la justice, c'est un acte juridique, s'il lui est contraire c'est un acte formel et rien qu'un acte formel.

Par conséquent le rapport entre droit (ce qui existe, ce qui est réglementé) et justice (ce que ma conscience m'indique qu'il est juste de faire) est un rapport de subordination absolue du premier à la seconde et de nature hypothétique. Sur sa qualité de subordination, je crois avoir suffisamment insisté, quand à sa nature hypothétique un seul point nous paraît nécessiter quelques précisions. Dans la pratique internationale courante, il existe des traités qui sont conformes à la justice et il en existe encore d'autres qui ne le sont point et cependant les premiers et les seconds sont pareillement obligatoires. L'explication de cette anomalie doit être cherchée dans l'organisation internationale actuelle qui n'est pas encore assez forte pour maintenir les prétentions des Etats dans les limites juridiques et qui les laisse souvent empiéter sur le domaine de l'arbitraire.

Toutefois, il faut bien dire qu'une nouvelle tendance se fait jour et dans ces dernières années nous avons maintes preuves que le dogme de la liberté contractuelle commence à perdre de son prestige. Sans entrer dans les détails nous pensons que l'article 19 du Pacte de la Société des Nations est une indication, encore timide il est vrai mais indubitable, de l'avènement d'un nouvel esprit dans cet ordre d'idées.

Faut-il avancer qu'une telle évolution aboutira à faire entrer dans le droit des gens une règle analogue à l'article 6 du Code Civ. français ? La prudence nous commande de ne jamais oublier qu'en notre science des progrès se font

181. Voir les idées absolument opposées aux nôtres dans Strupp, *Éléments*, *op. cit.*, p. 9, note 1.

très lentement et que tout pronostic sur ce point serait bien aventureux.

Après avoir présenté la physionomie de la science du droit dans son ensemble, nous allons poursuivre nos recherches sur sa partie plus spéciale où se trouve cantonnée la coutume internationale.

68. L'origine sociale, que nous avons attribuée aux constructions juridiques dans le sens le plus général, se précise quand nous passons sur le terrain du droit des gens, et revêt la forme de relations entre les Etats membres de la communauté internationale. Ces relations fournissent la matière première aux travaux des jurisconsultes, lesquels dégagent par un procès d'abstraction les principes qui les gouvernent et ensuite procèdent à leur classification, à leur mise en système.

Cette dernière opération consiste à établir entre les principes des relations de cause à effet, à introduire cette notion de justice que nous avons examinée précédemment et enfin à présenter leur ensemble sous une forme déterminée que l'on appelle d'un seul nom : scientifique. Une fois arrivés ici, nous nous trouvons en présence du droit, c'est-à-dire des règles obligatoires qui régissent ces mêmes relations qui les ont engendrées.

Après avoir exposé le processus de formation par lequel s'est rempli la notion du droit, il nous reste à chercher qu'elles sont les modifications subies par les principes après leur transformation en droit. Ces distinctions, que nous établirons dans la suite, ne touchent aucunement leur valeur intrinsèque ou matérielle, comme l'appellent encore certains juristes, entre autre M. Anzilotti. Elles concernent simplement leur valeur formelle; dans la pratique courante leur valeur en tant qu'instruments probatoires.

Examiner le contenu du droit des gens, signifie, d'après l'opinion générale, examiner ses sources. Cette terminologie traditionnelle n'en paraît nullement heureuse. Elle est impré-

cise. Le mot de source suggère le mouvement, or, dans les circonstances présentes, nous y trouvons deux mouvements différents : l'un, constitué par les principes dégagés des relations entre Etats, ils se meuvent et pénètrent dans le contenu du droit en subissant le processus décrit plus haut; c'est un mouvement centripète; l'autre c'est l'expulsion de la sphère du droit des règles qui ne correspondent plus aux nécessités sociales : c'est un mouvement centrifuge.

Or la seule acception possible du mot source dans notre conception est celle qui attribue ce qualificatif aux relations entre les Etats. Par conséquent, il est logique que nous l'abandonnions pour celle plus adéquate « d'éléments du droit des gens ».

69. Dans tout ce qui suit nous tiendrons compte en premier lieu du rôle prédominant que joue dans notre science l'élément social, et, pour préciser encore davantage les idées, je rappelle au lecteur le point sur lequel, je me suis arrêté. Je considère les principes dégagés des faits, assemblés en système, conformes à la justice, nantis de force obligatoire parce qu'indispensables à l'ordre social; bref, je les considère transformés en principes juridiques. Ils forment le contenu du droit des gens qu'il s'agit maintenant d'examiner. Sur quoi portera au juste notre examen ? Mais tout simplement sur les différents groupes de principes que le travail « d'assemblage en système » avait déterminés. Groupe, telle est la signification exacte du mot élément que nous employions tantôt et, c'est parce qu'une notion se décompose en éléments que j'ai adopté cette dernière expression.

En examinant le contenu du droit, le premier élément que nous rencontrons, c'est le *traité*. Dans la vie juridique internationale, il se présente sous deux formes différentes : le *traité loi* et le *traité contrat*. Nous ne pouvons pas insister ici sur les nombreuses questions que posent en droit des gens les deux aspects du traité, aussi nous contenterons-nous de souligner ses caractères principaux en insistant sur ceux qui ont trait à notre exposé.

La fonction principale du traité est celle de préciser les règles juridiques que les Etats ont convenu d'adopter dans leurs relations réciproques. Comme moyen de preuve aussi, le traité présente de grand avantages. Il est le pendant en droit des gens du contrat de droit privé et, comme lui, par conséquent à la fois *negotium* et *instrumentum*. Sur son contenu, nous avons fait déjà certaines remarques : nous avons dit à ce propos qu'un traité qui n'est pas conforme au droit, cesse de mériter ce nom et nous avons ajouté que dans l'état actuel, quoique arbitraire, le traité reste pourtant obligatoire.

Toutefois, la prudence qui recommande aux Etats de mettre par écrit le droit qu'ils entendent suivre, se manifeste parfois insuffisante. Ainsi, par exemple, quand il s'agit d'interpréter un traité qui renferme des articles peu clairs ou encore, quand en l'absence de tout traité, l'Etat se contente d'adopter une attitude déterminée à l'égard du point de droit mais sans spécifier explicitement que telle est sa volonté d'agir.

Par conséquent, le traité ne peut remplir à lui seul le contenu du droit des gens, et en effet nous trouvons à ses côtés un second élément : *la coutume*. Présentée sous cet aspect, elle apparaît comme le succédané du traité, ce qui n'est pas très juste. On est tenté de croire — des publicistes distingués sont tombés dans ce piège — que la coutume est un pacte tacite. On l'a écrit bien souvent, on le soutient encore, le traité c'est le pacte exprès; la coutume c'est le pacte tacite et leur force obligatoire dérive de la fameuse règle : *pacta sunt servanda*. Rien de plus faux !

Nous ne pouvons présenter ici tout les arguments qui militent en faveur de notre thèse; nous le ferons plus loin. Toutefois, il est indispensable de montrer dès à présent la différence profonde qu'il y a entre ces deux éléments. Dans le traité, la volonté de l'Etat est *indépendante* de toute autre volonté. Théoriquement, elle doit se conformer à la justice, pratiquement, je le répète, même injuste, le traité

est valable. Quelquefois il arrive à cette volonté de se confondre avec la volonté générale, mais ce n'est pas là le propre du traité.

Au contraire, quand l'Etat fait sienne telle coutume, sa volonté est nécessairement en harmonie avec la volonté de la plupart des autres Etats, avec leur conscience juridique, comme dit M. Politis, avec l'opinion dominante comme l'affirme M. Spiropoulos. Les expressions sont différentes, leurs contours coïncident : opinion dominante et conscience juridique sont synonymes.

70. Pour préciser davantage les idées nous pouvons ajouter : le traité, c'est le contrat ; la coutume, c'est la loi du droit des gens. Le troisième élément dans la conception classique est constitué par les principes généraux. Qu'est-ce qu'ils sont au justes, ces principes ? Le juge international saisi d'un litige quelconque, a besoin pour former sa conviction de certaines indications. Celles-ci il les trouve soit dans un traité, si les parties en ont conclu, soit dans une coutume ayant des rapports avec le litige en question. Il se peut, hypothèse d'ailleurs excessivement fréquente, que les deux éléments qui auraient pu éclaircir l'opinion du juge vient à manquer complètement. Dans ces circonstances que fera le juge ? Il devra recourir successivement aux précédents de jurisprudence, au droit interne ou encore aux ouvrages des publicistes. Et ensuite, de tout ce matériel, extraire une solution *juridique* satisfaisante. J'ai souligné le mot juridique, car il ne s'agit pas de trouver une solution de pure équité, c'est-à-dire une de celles qui reposent sur le principe de justice mais auxquelles manque totalement le support social. Le sens des principes généraux ainsi fixé, nous allons chercher maintenant qu'elle est leur véritable nature.

Le juge, au moment de motiver sa sentence, avait déduit par voie de syllogismes les principes qu'il estime applicables au litige qu'on lui avait soumis. Ainsi, sa manière de voir

doit correspondre sinon à la conscience juridique de la partie qui avait tort, ce qui est impossible, en admettant que les parties sont de bonne foi, au moins à la conscience générale, c'est-à-dire à l'opinion que se faisaient les Etats tiers du litige en question.

Comme l'a très bien dit le grand juriste qu'était Louis Renault : « Il ne faut pas seulement qu'une décision soit juste il faut encore qu'elle le paraisse ». Qu'elle le paraisse, à qui ? A l'ensemble de la Communauté internationale bien entendu, et cette condition n'est remplie que si la décision sur le litige en question correspond à la conscience juridique, autrement dit à l'opinion dominante. A regarder les choses de près, en droit interne le juge aurait fait absolument de même, à savoir, qu'en l'absence d'un contrat, il aurait appliqué la loi, or la loi, en droit des gens, n'est pas mise par écrit, elle existe sous forme de coutume et de principes généraux.

71. Les conséquences qui découlent des considérations précédentes, le lecteur les a sûrement perçues. C'est qu'entre coutume et principes généraux, il existe de grandes ressemblances, je le répète, des grandes ressemblances, mais pas identité. Quelles sont alors les différences qui séparent ces deux notions ? La réponse nous paraît consister en ceci : dans la coutume, nous l'avons déjà montré, la volonté de l'Etat, s'est exprimée dans un sens déterminé et dans un certain esprit qui est celui de l'opinion dominante. Les principes généraux, par contre se constituent en quelque sorte en dehors des parties, ils leur sont complètement étrangers.

Les idées que nous effleurons ici, seront reprises et approfondies dans le chapitre où nous examinons la force obligatoire de la coutume. En tant qu'élément du droit des gens, il nous paraît indispensable d'accentuer dans cette introduction, qu'entre coutume et principes généraux, il n'existe par une différence de genre mais une simple différence d'espèce.

Cette constatation nous conduit à adopter une nouvelle terminologie : à la coutume, telle qu'on la conçoit généralement, nous substituons l'expression de « coutume dans le sens restreint » ; aux principes généraux, nous préférons celle de « coutume dans le sens large ».

La conception que nous venons de présenter ici a été soutenue, à notre connaissance, par quatre juristes distingués : MM. Cavaglieri, Le Fur, Salvioli, et lord Phillimore en ce qui concerne uniquement, nous nous hâtons de le dire, la parenté entre la coutume et les principes généraux¹⁸².

182. A. Cavaglieri, *Concetto e carattere del diritto internazionale generale* dans la *Rivista di diritto internazionale*, année 1921, t. XIV, p. 289, 479. Par contre, il paraît critiquable de faire la distinction sanctionnée par l'art. 38 entre « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » à laquelle est accordée le deuxième rang et « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » qui ont été indiquées. Si, comme il nous semble, l'identification de la coutume internationale avec les principes généraux du droit est exacte, normalement les deux sources dont nous parlons, séparées par le Statut de la Cour, se confondraient plutôt en une seule. Quelle différence essentielle peut-il y avoir en effet entre les principes généraux du droit et la coutume comme preuve d'une pratique générale ? Salvioli, La Corte permanente de giustizia internazionale, *Rivista di diritto internazionale*, année 1924, t. XVII, p. 24. Je pars justement du principe que les deux sources traités et coutume, épuisent tout l'ordre juridique international — autrement dit que de l'ensemble des règles qui en sont dérivées il est donné à l'interprète la faculté de résoudre tous les cas qui se présentent. Les idées de M. Le Fur ont été examinées en même temps que l'école française, quant à celles de lord Phillimore, nous les verrons plus loin, quand nous allons examiner les travaux du Comité de juristes sur la rédaction du Pacte de la Société des Nations. Voir *infra*, n° 88.

CHAPITRE PREMIER

§ 1. La formation de la coutume dans le sens restreint.

72. De la coutume dans le sens restreint, nous avons une excellente définition dans l'opinion dissidente exprimée par M. Negulesco, juge à la Cour permanente de justice internationale, sur l'avis consultatif n° 14 rendu par cette Cour sur la compétence de la Commission internationale du Danube.

M. Negulesco écrit notamment : « La coutume internationale... n'a pas pu se produire, car il n'y a eu ni faits répétés depuis un temps immémorial, ni conscience juridique commune. »

En étudiant la formation de la coutume dans le sens spécifié plus haut, nous sommes amenés à examiner en détail les deux éléments qui la composent, c'est-à-dire : 1° *la répétition des faits*; 2° *la conscience juridique commune, que l'on appelle encore l'opinio necessitatis*.

73. 1° *La répétition des faits*, c'est l'élément matériel par excellence. Il consiste dans une manifestation de volonté de l'Etat en question, volonté qui s'exprime toujours dans le même sens et produit ainsi une série de manifestations identiques entre elles et identiques à la première. Ces manifestations ont un caractère de spontanéité, aucun traité ne les précède, aucune déclaration n'avait précisé auparavant que dans telle ou telle circonstance l'Etat agirait

d'une certaine manière déterminée. Pourtant, il imite certaines conditions indispensables pour que la répétition d'un fait déterminé puisse constituer l'élément matériel d'une règle coutumière dans le sens dans lequel nous l'avons définie plus haut. Et c'est à leur examen que nous allons procéder maintenant en étayant chacun, par des exemples appropriés.

Ces conditions nous paraissent être les suivantes :

a) **La répétition doit être accomplie par les organes compétents de l'Etat.** — Ainsi, avant la signature du Pacte de la Société des Nations et en particulier avant celle de l'art. 25, les Etats n'avaient aucune obligation à « encourager et favoriser » les organisations nationales de la Croix Rouge des autres Etats membres de la communauté internationale. Or, en fait, pendant la guerre de 1916, il s'est établi une véritable collaboration entre les organisations nationales des belligérants et il en résulta le plus grand bien pour les blessés et pour les prisonniers.

Dans le cours qu'il professa en 1923 à l'Académie de droit international de La Haye, M. Eugène Borel¹⁸³ montre comment s'est établie la coutume de constituer des organisations différentes, particulières à chaque Etat, une sorte d'organisation internationale. Celle-ci obtint le droit de se renseigner sur le sort des prisonniers et de procéder même à des enquêtes dans ce sens; elle se chargea encore de leur faire parvenir la correspondance, les colis qui leur étaient adressés, etc...

Une pareille coutume ne pouvait se développer que par l'intervention des organes compétents de l'Etat. Les Chefs des petites unités ne pouvaient pas eux seuls créer des précédents, car leur initiative dans ce sens n'engageait nullement l'Etat auquel ils appartenaient à suivre la ligne de conduite qu'ils lui avaient ainsi indiquée.

183. Eug. Borel, L'organisation internationale de la Croix-Rouge, *Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. I, p. 591.

b.) La répétition doit présenter un caractère de généralité dans l'espace et de durée dans le temps. — En marquant la différence entre la coutume dans le sens large et dans le sens étroit, nous avons parlé d'une opinion générale qui est le fondement des deux. Or, à une opinion générale ne peut correspondre qu'une pratique toujours générale, c'est-à-dire que la reconnaissance d'un droit préexistant doit se faire en dehors de toute considération particulière comme par exemple la sympathie pour tel Etat ou l'antipathie pour tel autre. Mais il faut tenir compte encore que certaines circonstances qui peuvent se présenter dans les relations d'un groupe d'Etats déterminés, peuvent manquer totalement si nous changeons de groupe, ou pour mieux préciser les idées, si nous changeons de continent. Autrement dit, peut-on admettre avec M. Alvarez qu'il existe certaines coutumes spéciales au continent américain ? — Dans la première partie de cet ouvrage nous avons envisagé le même problème dans sa généralité. Ici, nous nous contenterons d'apporter quelques précisions sur le point particulier que nous venons de toucher. Il faut bien le dire, M. Alvarez ne prétend nullement que le droit américain est en contradiction avec le droit européen. Il le considère au contraire comme un complément de ce dernier, complément nécessaire car il satisfait à des nécessités sociales différentes des nôtres, et rien que complément. J'ai appuyé sur ce caractère, car il nous donnera la solution du problème. En effet, si le droit américain ne tend qu'à compléter le nôtre, et si en plus ils ne s'excluent pas réciproquement, il est évident que les principes qui les dominent sont les mêmes. Par conséquent, il n'existe pas de coutume spéciale au continent américain car les mêmes circonstances venant de se produire en Europe, les Etats adopteront la même conduite qui avait acquis depuis longtemps droit de cité aux Etats-Unis et la réciproque est tellement vraie, qu'alors que le juge de prises américain a eu à se prononcer sur la validité des captures faites sur les embarcations des pêcheurs espagnols par la marine

de guerre américaine, il a justifié sa sentence en invoquant une coutume européenne¹⁸⁴. Ceci montre clairement qu'il n'existe pas de coutumes différentes dans deux systèmes juridiques qui se complètent réciproquement.

Et si nous allons plus loin et que par une fiction juridique nous imaginons qu'une telle coutume spéciale puisse exister, ce n'est plus à une véritable coutume mais à un simple pacte tacite que nous avons affaire.

La question de durée présente plus de difficultés. En effet, nous nous trouvons en face des considérations suivantes : la reconnaissance d'un droit préexistant (je reviens toujours à l'élément intellectuel, car le fait ne représente que l'extériorisation d'une conviction) doit être en bonne logique instantanée. Je reconnais tel droit à Primus, il m'importe peu que mon voisin le lui reconnaisse aussi.

L'opinion dominante sur la même question est, par contre, plus difficile à se former et surtout plus difficile à prouver.

J. Cobbet un publiciste très apprécié aux Etats-Unis et en Angleterre, comparait la formation de la coutume à la formation d'un sentier dans un champ¹⁸⁵. L'herbe foulée aux pieds par les passants, suivant la même direction, forme peu à peu le sentier sur lequel d'autres promeneurs s'engageront à leur tour. Le moment précis quand ce sentier devient visible est difficile sinon impossible à déterminer, ajoute Cobbet, et il a parfaitement raison.

La jurisprudence, de son côté, apporte peu de choses sur ce problème. Dans une décision rendue au nom de la Cour Suprême des Etats-Unis par le juge Gray il est dit notamment que : « Par un usage ancien parmi les nation civilisées, *vieux de quelques siècles* et progressivement mûri en règle du droit des gens, les vaisseaux côtiers de pêche qui

184. Affaire *Paquete Habana*, *Lola*, etc., dans A. Moore, *Digest of international law*, 8 vol., Washington, 1906, vol. I, p. 8.

185. Cobbet, *Cases and opinions of international law*, 111 éd., 1909, 1^{re} partie, p. 5-6.

vont capturer et apporter du poisson frais sont reconnus avec leurs équipages et cargaisons comme non susceptibles de prise de guerre¹⁸⁶.

Dans le même document un peu plus loin, on rappelle la sentence rendue par lord Stowell dans « *the young Jacob and Iohanna* », dans laquelle le juge anglais soutint que la coutume de ne pas faire des prises sur les embarcations de pêche n'était qu'un simple usage de courtoisie, nullement obligatoire. La Cour Suprême des Etats-Unis prend position contre cette opinion. — « Il n'y a pas de décision récente sur ce point en Angleterre poursuit la sentence — *mais un siècle qui s'est écoulé depuis* est amplement suffisant pour transformer ce qui a pu être à l'origine un usage, un acte de courtoisie ou même une simple concession dans une règle bien établie du droit des gens¹⁸⁷.

A l'appui de cette conception, le juge Gray invoque l'autorité de sir Makintosh : « Dans notre siècle, un adoucissement lent et silencieux, mais considérable, est apparu dans la pratique de la guerre et dans la mesure dans laquelle cette transformation a été sanctionnée par l'écoulement du temps, elle est devenue, d'un simple usage, une véritable règle du droit des gens¹⁸⁸.

Sur la question de la durée, il est difficile de se prononcer directement. Ce qui nous intéresse en particulier, c'est de savoir si telle coutume a pour elle l'assentiment général, si son respect est considéré comme indispensable dans les relations internationales. Ici, quelques développements nous paraissent indispensables.

Dans notre conception, — je ne saurais assez l'accentuer

186. Affaire Paquete Habana, Lola, etc., 1899-1900. Cour Suprême des Etats-Unis, cité par Dickinson, *The Law of Nations*, New-York, 1929, p. 42 et encore par Amos Hershey, *The essential of International public law and organisation*, New-York, 1927, p. 42.

187. Affaire Paquete Habana, Lola, etc., 1899-1900. Cour Suprême des Etats-Unis. Cette partie de la sentence se trouve dans Moore *International Law Digest*, 8 vol., Washington, 1906, vol. I, ch. 1, pr. 1, p. 6, 7, 8.

188. Sir James Makintosh, *Miscellaneous Works* p. 360. Discours on the Law of Nations, cité par Moore, *ibid*.

— la durée est simplement la preuve que la coutume en question est acceptée, autrement dit, qu'elle est en harmonie avec l'opinion dominante.

Pour la grande majorité des auteurs¹⁸⁹, la question se résout d'une manière diamétralement opposée. D'après eux, un usage suivi un certain nombre de fois par un ou plusieurs Etats, acquiert, de non obligatoire qu'il était avant, force obligatoire. Il devient coutume et fait dorénavant partie du droit des gens. C'est l'opinion professée par le juge Grey dans l'affaire *Paquete Habana*. Et nous avons vu qu'elle est impuissante à fixer le moment exact où l'usage se transforme en coutume. Aussi notre opinion diffère complètement de celle-ci.

Nous commençons d'abord par exclure l'usage; il ne fait pas partie du droit et, comme tel, doit rester en dehors de nos préoccupations. Sa véritable nature sera examinée plus loin.

Revenons à la coutume et au fondement de celle-ci, la reconnaissance d'un droit préexistant. Un Etat donné reconnaît ce droit pour la *première fois* et cette reconnaissance étant conforme à l'opinion générale, la coutume existe.

Supposons maintenant que ce même Etat reconnaisse le même droit *dix fois de suite* et la onzième fois ne veut plus le reconnaître. Le cas s'est d'ailleurs présenté en pratique et nous l'examinerons bientôt. Pour l'instant demandons-nous quelle est la force des dix précédents ?

Une seule réponse nous paraît possible : c'est une simple force probatoire. Mon droit n'est pas plus fort la onzième fois que la première; c'est la charge de la preuve qui s'est considérablement allégée. C'est tout comme si j'avais dix précédents de jurisprudence à produire dans la revendication de mon droit, Qu'est-ce que le juge pourrait opposer à ma prétention ? A cette question nous répondrons dans le der-

189. Je pourrais dire l'unanimité seule. Le dernier en date, Balladore Pallieri, *op. cit.*, p. 344-345.

nier chapitre de cette étude, que nous avons consacré à l'abrogation de la coutume.

Pour revenir à notre sujet, la conclusion à laquelle nous arrivons après les développements précédents, nous paraît pouvoir se résumer ainsi : la durée et la généralité de la répétition du fait qui sert de base à l'établissement d'une coutume donnée, exercent une fonction probatoire plutôt que formative comme le soutiennent la plupart des auteurs.

c) **La répétition d'un fait positif est indispensable pour constituer l'élément matériel d'une coutume donnée.** — Cette condition porte sur la nature du fait dont la répétition précise l'attitude de l'Etat à l'égard de tel droit préexistant. Une abstention répétée peut-elle constituer l'élément matériel d'une règle coutumière ? La question s'est présentée devant la Cour permanente de justice internationale lors d'un litige entre la France et la Turquie que l'on appelle couramment l'affaire du *Lotus*. Je ne peux pas entrer dans les détails de cette retentissante affaire. L'arrêt de la Cour rendu à une seule voix de majorité a été âprement discuté et les opinions dissidentes ont ouvert des controverses interminables.

Sur la question qui nous intéresse spécialement ici, nous avons une première allusion dans la plaidoirie de l'agent du Gouvernement français, du professeur Basdevant. L'attitude adoptée par les Etats de s'abstenir de poursuivre les ressortissants étrangers coupables, ou supposés coupables d'avoir provoqué un abordage en haute mer, constitue une règle coutumière internationale¹⁹⁰. En conséquence, l'élément matériel indispensable à l'établissement d'une coutume déterminée peut-être constitué non seulement par un fait positif, mais encore par une abstention.

Cette conception nous paraît difficilement acceptable.

190. Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale. Série C, XII^e Session. Plaidoirie du professeur Basdevant p. 48-49.

La différence entre les deux espèces de coutumes : dans le sens large et *stricto sensu* réside justement dans le fait matériel, lequel manque complètement à la première et sert d'élément à la seconde. Effacer cette distinction, c'est confondre les deux espèces en une seule, ce qui en bonne logique est inadmissible.

Cependant, dans l'arrêt rendu sur l'affaire du *Lotus*, la cour se rallia à l'opinion de M. Basdevant : « Si l'abstention est motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir on pourrait parler d'une coutume internationale¹⁹¹. »

La thèse contraire, à savoir, celle qui conteste la possibilité d'établir une coutume à base de faits négatifs, a été soutenue : d'abord dans la plaidoirie du représentant turc¹⁹² et ensuite dans deux opinions dissidentes, celles de MM. Nyholm et Altamira.

Dans la première, cette attitude se dégage pour ainsi dire, de biais. M. Nyholm se contente d'affirmer que : « L'assertion d'une règle de droit international implique une investigation pour savoir comment la coutume s'est formée, et comment elle est arrivée à constituer des règles qui régissent les relations internationales¹⁹³. »

Par contre, M. Altamira va directement contre la conception de la Cour. « Il n'est pas sans intérêt, dit-il, de remarquer à cette occasion qu'une coutume doit être positive et que par conséquent il est impossible de considérer comme coutume, l'inexistence, dans un sens déterminé, de la répétition des actes plus ou moins nombreux, qu'en général on considère comme nécessaire pour l'établissement d'une règle coutumière. Il faut que les actes se soient produits dans le sens même de la règle qu'on voudrait trouver, et cela va sans dire que, pour ce qui concerne le

191. Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale Série A. 111 Arrêt n° 9. Affaire du *LCtus* p. 25.

192. Publications de la Cour Permanente de Justice internationale, série C, XII^e session. Plaidoirie de l'agent du gouvernement turc, p. 112.

193. Publications de la Cour Permanente de Justice internationale, série A, IV^e Arrêt, n° 9. Opinion dissidente de M. Nyholm, p. 59.

droit international, ces actes soient aussi de caractère international¹⁹⁴. »

Il convient cependant de ne rien exagérer. L'opinion erronée selon laquelle une coutume peut s'établir par des abstentions répétées trouve un vigoureux correctif dans l'art. 38, troisième alinéa, du statut de la Cour permanente de justice internationale.

En effet, c'est en l'absence d'une véritable coutume que l'on doit prouver l'existence de cette nébuleuse conscience « d'un devoir de s'abstenir », car, il s'agissait d'une divergence entre deux coutumes : l'une à base de faits positifs, l'autre à base d'abstention, c'est d'après toutes les probabilités la première qui l'emporterait.

d) La répétition doit porter sur un acte de caractère international. — La dernière affirmation contenue dans l'opinion dissidente de M. Altamira concerne justement cette condition. Mais avant de procéder à l'examen détaillé de celle-ci, il nous paraît indispensable d'insister quelque peu sur la nature de l'acte international. L'activité de l'Etat présente un double aspect selon qu'elle se manifeste sur le plan du droit interne ou sur celui du droit des gens.

A cette double activité correspondent, du point de vue formel, pour le droit interne, la loi; pour le droit des gens, le traité de coutume. Cependant, il peut se faire que la correspondance exacte entre fond et forme ne soit pas toujours respectée et qu'une loi interne, par exemple, contienne des principes du droit international. Et alors se pose la question suivante : le respect de cette loi peut-il constituer l'élément formel d'une coutume entre Etats ? Pour pouvoir répondre, il faut se rappeler que la coutume consiste dans une manifestation d'une volonté étatique par l'accomplissement d'un fait matériel et positif, et que cette volonté doit

194. Publications de la Cour permanente de Justice internationale, série A 111, Arrêt 9. Opinion dissidente de M. Altamira, p. 96.

se manifester dans le sens de l'opinion dominante. Par conséquent, si d'autres Etats acceptent les mêmes principes dans leur législation interne ou même externe : traité ou coutume, nous ne voyons aucune difficulté de répondre par l'affirmative à la question que nous nous sommes posée.

La constatation que nous venons de faire peut se formuler de la manière suivante : si la loi interne de plusieurs Etats accepte les mêmes principes du droit des gens, il se forme dans ce sens une coutume internationale.

Cette opinion est partagée par bon nombre d'auteurs¹⁹⁵. Elle nous paraît la seule acceptable et la jurisprudence internationale aussi s'est développée dans le même sens. Ainsi par exemple dans l'affaire *The Scotia* (1871) — il s'agissait dans l'espèce d'une question d'abordage, la Cour suprême des Etats-Unis, par l'organe du juge Strong, dit textuellement ceci : « Beaucoup d'usages qui ont aujourd'hui force de loi, ont été à l'origine des prescriptions législatives d'un seul Etat : comme la loi rhodienne qui était au commencement une loi interne de l'île de Rhodes, les ordonnances de la ligue hanséatique et les ordonnances de Louis XIV. Toutes ces lois particulières sont devenues des usages maritimes en droit international par le consentement des nations intéressées¹⁹⁶. »

Pour fixer les idées, nous estimons qu'il n'est pas superflu de demander à l'histoire quelques précisions sur la matière et de montrer par des exemples comment une règle de droit interne est devenue coutume internationale.

Au temps de Grotius et même avant, des coutumes nom-

195. Bluntschli, *Le Droit international codifié*, Paris, 1895, p. 12; de Martens, *Précis du Droit des gens*, vol. I, p. 292; Mérignhac, *Traité de Droit public international*, vol., Paris, 1905, t. I, p. 91; Fiore, *Diritto internazionale codificato*, p. 11; pour les détails, voir Cavaglieri, *La consuetudine giuridica internazionale*, Padova, 1907, p. 121 et suiv., où sont exposées aussi les opinions contraires d'après lesquelles les coutumes formées par des dispositions internes parallèles seraient de simples présomptions de coutumes.

196. *The Scotia* est rapportée par Moore, *op. cit.*, t. I, chap. 1, § 1, p. 3, et encore par Dickinson, *op. cit.*, p. 29.

breuses et *pareilles*¹⁹⁷ gouvernaient les relations entre les peuples et parmi celles-ci les plus importantes, concernant la navigation maritime, étaient réunies dans un recueil intitulé *le Consulat de la mer*. Dès la première page nous trouvons l'affirmation suivante : « Açi commencen les bones costumes de la mar », et plus loin de nombreuses allusions aux « us et costumes de la mar ».

Ce recueil même contenait encore une réglementation détaillée du droit des prises. Pour les autres sujets, il était complété par une collection analogue intitulée *Le Guidon de la mer* ». Ici on y trouve des prescriptions au sujet des lettres de marque et de représailles. Ces lettres étaient délivrées « si restitution et satisfaction n'est faite par droit commun à toute nation. »

Le Placarde de Charles Quint du 19 juillet 1551 édité pour les Pays-Bas et concernant le même sujet se réfère souvent à la « oude gewoonte van der see » la vieille coutume de la mer.

Un autre exemple dans le même sens nous est fourni par les transformations d'une règle de droit coutumier aujourd'hui *universellement* admise — j'ai souligné ce mot car les Etats-Unis qui n'ont pas contribué à sa formation l'ont reconnue plusieurs fois — en vertu de laquelle les embarcations de pêche ne sont pas susceptibles de prise de guerre. L'histoire de cette coutume se perd dans le passé. Ce que nous savons sûrement, c'est qu'entre la France et la Grande-Bretagne elle existait depuis des siècles et que les ordonnances françaises de 1543 et 1548 ne firent que consacrer une longue tradition en permettant à l'amiral commandant de la flotte de conclure, à titre de réciprocité, des « trêves pêcheresses¹⁹⁸. »

Sous Louis XIV, on s'est départi des principes et deux

197. Kusters, Les fondements du droit des gens, *Bibliotheca Visseriana*, t. IV, La Haye, 1925, p. 57 et suiv.

198. Buttler et Maccoby, *The development of international law*, Londres, ch. V, p. 205.

ordonnances, l'une de 1681, l'autre de 1692, permirent la confiscation des bateaux de pêche. Plus tard, pendant la guerre de l'Indépendance américaine, la France est revenue à son ancienne conception et les navires de cette catégorie furent exceptés de la prise.

En 1798, ce fut le tour de la Grande-Bretagne de changer d'opinion et par une ordonnance de cette année, elle permit la capture. Ici se place la fameuse affaire du « Young Jacob et Iohanna », quand le célèbre juge anglais lord Stowell a soutenu que « c'était une règle de courtoisie et non pas une décision obligatoire » que celle de ne pas capturer les vaisseaux de pêche. Mais cette attitude ne dura pas longtemps et fléchissant sous les allusions transparentes de Napoléon, qu'une telle conduite aggraverait la guerre davantage, la Cour des prises dut céder, et deux ordonnances britanniques de 1806 et 1810 furent rendues dans ce sens.

L'acceptation générale de cette coutume se fit en 1898 dans l'affaire *Paquete Habana*¹⁹⁹ et encore par son adoption dans la seconde conférence de La Haye²⁰⁰ où nous trouvons assimilées aux bateaux de pêche, les petites embarcations de cabotage local.

Mais sur ce dernier point il est utile de rappeler que les grands vaisseaux, même de cabotage local, ne sont pas exclus du droit de prise et encore dans la dernière guerre l'Allemagne n'a pas respecté la convention de La Haye, pas même à l'égard des petits vaisseaux qu'employaient les pêcheurs. Toutefois la Grande-Bretagne n'a pas changé d'opinion et le dernier document que nous possédons dans cet ordre d'idées, la décision rendue au nom de la Cour des prises, ou comme on l'appelle encore la Haute Cour de justice, division de l'Amirauté, par sir Samuel Evans dans l'affaire du *Berlin*, dit notamment ceci : « Je ne pense pas que dans ce pays aucune affaire ait été jugée et rapportée,

199. Sur l'affaire *Paquete Habana*, voir *supra*, n° 73.

200. Voir la convention de La Haye, 18 octobre 1907, art. 3, dans Basdevant, *Recueil de Traités*, 4 vol., Paris, t. IV, p. 657.

traitant de l'immunité de ces navires comme une règle de droit international... Mais un siècle s'étant écoulé, mon opinion est qu'on a vu s'établir suffisamment la doctrine et la coutume du droit international selon lesquelles les bateaux de pêche exerçant leur industrie près ou à proximité des côtes (non pas nécessairement dans les eaux territoriales) et au moyen desquels les gens courageux qui les montent gagnent leur vie ne sont pas sujets à capture en temps de guerre aussi longtemps qu'ils se bornent aux travaux pacifiques que comporte exactement leur industrie²⁰¹. »

Les deux exemples, par lesquels nous avons montré les états successifs de la transformation d'une règle de droit interne en coutume internationale, nous paraissent suffire amplement, pour rendre sensible au lecteur comment elle s'accomplit dans la pratique courante. Aussi, nous n'allons plus insister sur cette question; toutefois, avant de passer au second élément de la coutume, à l'*opinio necessitatis*, il nous paraît utile de résumer, le plus brièvement possible, les résultats dégagés de nos recherches précédentes.

Ainsi : pour que la répétition d'un certain fait puisse constituer l'élément matériel d'une coutume donnée, les conditions qu'il doit remplir sont les suivantes : être accompli par les organes compétents de l'Etat; sa répétition doit présenter un caractère de généralité dans l'espace et de durée dans le temps; il doit être positif par nature et, dernière condition, présenter un caractère international.

74. 2°. La conscience juridique commune : l'*opinio necessitatis*. constitue l'élément intellectuel de la coutume. Cet élément, nous allons l'examiner maintenant en tenant compte que tous nos développements se rapportent à la coutume dans le sens étroit, son seul aspect qui nous préoccupe pour le moment.

201. Publications de la Cour Permanente de Justice internationale, série C, XII^e session. Plaidoirie du professeur Basdevant dans l'affaire du *Lotus*, p. 50-51.

Si nous essayons de fixer la succession dans le temps des éléments intellectuel et matériel, il est évident que le premier précède le second. C'est la conviction qu'il est bien, juste, équitable d'agir dans un sens déterminé qui précède le fait matériel en lui servant de cause et de confirmation.

Le fait matériel est cependant le complément nécessaire et indispensable pour fixer la physionomie d'une coutume restreinte. S'il vient à manquer ce n'est plus à la coutume *stricto sensu* que nous avons affaire mais à l'autre, à la coutume dans le sens large.

Cette première différence bien accentuée, relevons la seconde qui est tout aussi importante. L'*opinio necessitatis* dans le premier sens doit s'intégrer dans la conscience juridique commune, dans l'opinion dominante. Elle est personnelle à un Etat donné, mais doit s'accorder, s'harmoniser avec ce que les Etats considèrent juste et équitable. Inversement, l'*opinio necessitatis*, élément intellectuel de la coutume dans le sens large, peut ne pas faire partie de la conscience juridique de l'Etat en cause. Elle lui est extérieure, elle reflète l'opinion dominante et cependant oblige même l'Etat qui ne la partage pas. Ici nous touchons à une question très difficile que nous allons essayer de résoudre bientôt.

Pour le moment signalons les deux constatations importantes que nous venons de faire : l'*opinio necessitatis* élément intellectuel de la coutume dans le sens restreint doit : a) être confirmé par un fait matériel, et b) s'intégrer dans l'opinion dominante. Le premier point représente le rapport entre les deux éléments intellectuel et matériel, le second, par contre, a besoin de quelques explications.

Nous avons souligné maintes fois que dans notre conception l'*opinio necessitatis* représente la reconnaissance d'un droit préexistant. Il faut bien insister sur le caractère juridique de cette reconnaissance, car il ne faut la confondre ni avec une faculté, ni avec une concession²⁰². Elle est

202. Kusters, *op. cit.*, p. 240 cite les deux tendances : 1° il s'agit simple-

obligatoire et pour préciser les idées nous dirons qu'elle représente une obligation, la contre-partie d'un droit déterminé; en effet, si nous considérons la communauté internationale comme une société de fait, engendrée par la co-existence des Etats, il s'ensuit tout naturellement de nombreux rapports entre les membres de cette communauté. Or ces rapports ne tardent pas à satisfaire un sentiment de justice collective, lequel constitue ce que Duguit appelle le *droit objectif*. La coutume est justement la confirmation de l'existence de ce droit, qui oblige les Etats en dehors de toute manifestation de volonté de leur part. Le plus souvent sa reconnaissance se produit de manière spontanée, automatique; mais il se peut encore que la formation du droit objectif sur certains points déterminés soit plus lente à se produire. Dans ce dernier cas, nous éprouvons un certain embarras à dégager sa véritable physionomie, d'autant plus que cette question n'est pas une simple hypothèse d'école mais qu'elle s'est présentée assez souvent dans la pratique courante, devant les tribunaux statuant sur des litiges de droit international²⁰³.

La formation de l'*opinio necessitatis*, dans la coutume, dans le sens étroit : opinion partagée par l'Etat en cause en même temps que par la généralité des autres, apparaît comme une formation éminemment sociale. Elle constitue un contre poids aux tendances égoïstes de l'individu portées sur le plan du droit des gens; c'est-à-dire à la souveraineté. Mais l'aspect sous lequel nous l'examinons dans ce chapitre se ramène exclusivement à l'hypothèse où l'Etat commence par abuser de la souveraineté, nous nous trouvons devant un problème nouveau. Pour pouvoir lui trouver une solution nous allons faire appel aux mêmes principes qu'auparavant, seulement, cette question sera examinée

ment de la conscience des Etats qui trouvent la pratique *raisonnable* et 2° il faut qu'ils se sentent liés, obligés d'agir en conformité avec la pratique que constitue la règle coutumière.

203. Voir *infra*, n° 91.

plus tard, quand il s'agira de déterminer la force obligatoire de la coutume internationale.

*
* *

§ 2. La formation de la coutume dans le sens large.

75. Dans les développements consacrés à la formation de la coutume dans le sens étroit nous avons fait fréquemment allusion au sujet que nous allons examiner maintenant avec plus de détails et de précision. Le parallèle que nous avons tracé à cette occasion était indispensable, car il nous a permis de dégager les nombreuses ressemblances existant entre les deux espèces de coutumes, et de justifier ainsi la terminologie employée au cours de notre étude.

Par conséquent, notre tâche consiste à rappeler brièvement les résultats auxquels nous sommes parvenus dans les pages précédentes et de continuer ensuite nos recherches sur les autres particularités présentées par la coutume dans le sens large, par les principes généraux, ainsi que l'appelle l'art. 38 n° 3 du Statut de la cour permanente de justice internationale.

La conscience juridique commune : l'opinion dominante sur un certain droit subjectif, opinion que partageait aussi l'Etat en cause dans la coutume *stricto sensu*, lui est maintenant complètement étrangère. Aucun acte matériel de sa part ne nous permet d'induire son acquiescement à telle coutume ou principe estimé, par l'opinion dominante, juste et raisonnable.

Envisager sous cet aspect la coutume dans le sens large, serait, pour l'Etat qui n'a pas contribué à sa formation, d'après les principes classiques « *res inter alios* ». Cependant les choses ne se passent pas ainsi et nous allons voir que, contrairement à toutes nos attentes, elle s'impose avec force obligatoire, même à ceux qui lui sont étrangers.

La coutume dans le sens large peut revêtir différentes formes : elle est : traité coutume restreinte, principe de droit interne; on la trouve dans les correspondances diplomatiques, dans les écrits des publicistes, dans la jurisprudence des pays autres que ceux en cause, car, autrement, nous aurions un fait matériel qui aurait pu servir à prouver une coutume restreinte et par conséquent nous tombons dans le second cas; en un mot, son domaine est très vaste et va du droit le plus pur à l'équité. Cette dernière expression nous l'avons employée plusieurs fois déjà, il n'est pas inutile de fixer une fois pour toutes sa véritable signification. Équité veut dire justice naturelle, par opposition à la justice légale. Un exemple typique où le juge international a fait appel à l'équité nous est fourni par une délimitation consécutive à une sentence arbitrale rendue par le roi d'Angleterre Edouard VII sur un différend de frontière mettant aux prises le Chili et la République Argentine. Il s'agissait de fixer la frontière entre les deux pays, mais la délimitation était pratiquement très difficile à faire, voire impossible. Le juge auquel ce compromis permettait de juger en équité, attribua à l'un une grande étendue de terrain mais sans aucune richesse minière, et à l'autre une étendue beaucoup plus modeste mais renfermant des gisements métallurgiques.

Présenté sous cet aspect, l'équité couvre le droit sur toute son étendue et se prolonge encore au delà du droit, c'est-à-dire sur les solutions que celui-ci est impuissant à fournir : Nous avons attribué à la coutume dans le sens large un champ très vaste d'activité et cette opinion est confirmée par la jurisprudence internationale. Elle est d'ailleurs parfaitement explicable si nous tenons compte du fait que dans l'état actuel du droit des gens la coutume dans le sens restreint, et le traité, sont absolument insuffisants pour aider la solution des litiges, toujours plus fréquents, qui se présentent devant les tribunaux internationaux²⁰⁴.

204. N. Politis, *La justice internationale*, Paris, 1924. L'affaire de la frontière des Andes, p. 62 et suiv.

Dans cet ordre d'idées, la plus ancienne tendance apparaît chez le juge américain Marshall quand il affirme que « tout droit », (*law*) peut se résoudre en principes généraux. Le cas qui se présente par un nouveau concours de circonstances et qui à l'aide de corollaires exacts conduisent à une application toujours plus étendue des principes anciennement admis, peuvent sans cesse se multiplier; mais tant que la connexion avec les principes originaux est solidement établie, se maintient dans sa pureté et ne cesse pas d'être ininterrompue, la pratique n'est pas nouvelle et il n'est pas question d'innovation de l'ancien droit (*law*). Ce ne sont en réalité que d'anciens principes qui sont appliqués à des situations nouvelles²⁰⁵.

Mais bientôt ces déductions directes ne se montrèrent pas suffisantes et pour exposer le développement de cette tendance, nous allons grouper les exemples autour des principes qui leur servent de fondement rationnel. Et ainsi nous sommes conduits à examiner successivement la coutume dans le sens restreint, de droit interne romain, etc., de correspondance diplomatique, et en dernier lieu à base de doctrine telle que nous la trouvons dans les œuvres des publicistes qui font autorité dans notre science.

76. a. La coutume dans le sens large à base de traité apparaît dans la réplique du professeur Basdevant à la plaidoirie de l'agent du gouvernement turc dans l'affaire du *Lotus*. M. Basdevant dit textuellement ceci : « Les traités partent d'un principe et à ce titre ils constituent des précédents; ils nous relèvent les principes du droit international; ils sont créateurs de la coutume internationale.

205. Le juge Marshall dans la sentence rendue au nom de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire : *The schooner Exchange*, cité par Wildman, *Institutes of international law*, 1849-1859, t. I, p. 35; cité encore par Koster. *op. cit.*, p. 127. Nous précisons en même temps qu'en anglais le terme de « *law* » signifie le droit existant, tandis que celui de « *right* » signifie le droit en général celui qui se confond avec la justice idéale.

J'ai cherché dans ces traités, non pas le droit conventionnel, inapplicable en l'espèce, mais le droit coutumier, les principes du droit des gens qu'ils contribuent le premier à créer, le second à révéler... », et plus loin le professeur ajoute « je trouve en eux un principe du droit international : la compétence pénale de l'Etat du pavillon ; ce faisant, je crois suivre un procédé légitime de recherches pour la découverte du droit coutumier et des principes du droit²⁰⁶ ».

Les affirmations de M. Basdevant sont corroborées par un phénomène juridique que l'on a examiné avec soin dans ces derniers temps seulement. Ce phénomène se présente ainsi : il arrive quelquefois, que certains traités, sans être obligatoires, comme de juste, pour les nations qui ne les ont pas signés, régissent en fait leurs relations internationales. La seule explication possible, nous reviendrons d'ailleurs sur cette question quand il s'agira d'étudier la force obligatoire de la coutume, c'est que le traité en question renferme des principes généraux et qu'en réalité ce sont eux que l'Etat tiers entend respecter et non par le traité lui-même, qui ne peut obliger logiquement que les parties contractantes.

Ainsi par exemple, lorsque éclata la guerre de 1898 entre l'Espagne et les Etats-Unis, le gouvernement espagnol fit la déclaration suivante : « Le fait que l'Espagne n'a pas adhéré à la Déclaration de Paris du 16 avril 1856 ne nous dispense pas dans l'ordre moral d'observer les maximes qui y sont contenues en ce qui concerne le respect de la propriété privée maritime²⁰⁷. »

Et dans une situation analogue, le Japon qui n'avait pas signé la Conférence de Bruxelles de 1874 sur la codification des lois et coutumes de la guerre, respecta néanmoins ces principes dans l'expédition militaire qu'il entreprit en 1894 contre la Chine.

206. Publications de la Cour Permanente de Justice internationale, série C, XII^e session, affaire du Lotus, p. 162.

207. Kusters, *op. cit.*, p. 234.

La fonction du traité se relève ici non seulement comme simple instrument contractuel de droit des gens, mais, ce qui est plus important et plus nouveau, comme une véritable manifestation du droit objectif.

77. b) La coutume dans le sens large à base de coutume restreinte apparaît dans une affaire célèbre, que nous avons déjà examinée à d'autres points de vue et que l'on appelle du nom des navires en cause *Paquete Habana* et *Lola*.

Le juge américain Gray invoque une coutume, celle de considérer les navires de pêche soustraits au droit de prise, qui s'était formée en dehors des Etats-Unis, exclusivement dans les relations entre la France et la Grande-Bretagne.

Une attitude analogue fut adoptée par le juge Strong dans la sentence qu'il rendit au nom de la Cour suprême des Etats-Unis en 1871, à propos de l'affaire *The Scotia*²⁰⁸. Il s'agissait dans l'occurrence d'une question d'abordage; le navire coupable n'avait pas allumé les feux réglementaires. Nous trouvons dans cette sentence le passage suivant : « Il est évident qu'aucune nation ne peut changer les règlements concernant la navigation. Les règlements sont obligatoires et aucune loi, d'un ou de plusieurs pays, ne peut créer des obligations pour tout le monde. Comme l'ensemble du droit international, ils reposent sur le consentement des nations civilisées et sont obligatoires, non pas en tant qu'émanation d'une force supérieure, mais parce qu'ils ont été acceptés comme règles de conduite. »

Or, comme il n'existait, au moins à cette époque, aucune convention sur ce sujet, il est évident que le juge Strong faisait allusion à la coutume concernant les dispositions de police qu'on prend en haute mer pour prévenir la collision des navires.

78. c. La coutume dans le sens large à base de droit interne, romain, etc., est d'un emploi excessivement fréquent

208. Le juge Strong dans *The Scotia*, cité par Dickinson, *op. cit.*, p. 29.

dans les litiges internationaux. L'éducation scientifique du juge et de l'arbitre a été faite largement par l'étude du droit interne et très souvent aussi par celle du droit romain. Il est impossible de ne pas faire appel à la méthode et surtout aux institutions et principes du droit interne qui représentent un Etat beaucoup plus avancé que celui du droit des gens²⁰⁹. Ainsi, la tendance manifestée par certains publicistes de séparer ces deux disciplines juridiques par des barrières infranchissables, nous paraît vouée à un échec définitif. La jurisprudence internationale lui apporte un démenti des plus éclatants et la doctrine, par les travaux de MM. Lauterpacht et Kelsen, s'est prononcée dans le même esprit. Pour présenter dans un exposé systématique quelques décisions de cette catégorie, nous allons les disposer autour des principes de droit interne qui les ont inspirés.

Sur les dommages-intérêts nous relevons un différend entre la Grande-Bretagne et le Portugal : l'affaire Yuille, Shortridge et Cie (21 octobre 1861). Sentence rendue par le Sénat de la ville libre de Hambourg : « D'après le droit commun, seul applicable ici, le cumul des intérêts arriérés s'arrête lorsqu'ils atteignent le principal. » Et à l'appui de ses affirmations elle cite les textes romains : Dig. de cond. indebiti 12.6 et Code de usuris 10,32²¹⁰.

Dans le même sens : France-Vénézuéla affaire Fabiani (30 décembre 1896). La sentence rendue par le président de la Confédération suisse — que nous allons examiner encore à d'autres points de vue — dit notamment ceci : « En droit moderne l'auteur d'une faute aquilienne est, en principe, tenu de réparer tout le préjudice qui peut raisonnablement en être envisagé comme la conséquence di-

209. M. Lauterpacht a écrit tout un livre sur cette question, *Private law sources and analogies of international law*, Londres, 1 vol., 1927. M. Kelsen arrive aux mêmes conclusions en démontrant l'unité de la science du droit.

210. De Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, 2 vol., Paris, 1905 et 1923, t. II, p. 108.

recte ou indirecte (*damnum emergens et lucrum cessans*²¹¹.

Et enfin un dernier exemple : Etats-Unis-Russie (29 novembre 1902) affaire des navires Cape Horn Pigeon. J. Hamilton Lewis, C. H. White, Kate and Anna. L'arbitre M. Asser s'exprime ainsi : « Le principe général du droit civil, d'après lequel les dommages-intérêts doivent contenir une indemnité non seulement pour le dommage qu'on a souffert mais aussi pour le gain dont on a été privé est également applicable aux litiges internationaux. Et, pour pouvoir l'appliquer, il n'est pas nécessaire que le montant du gain dont on se voit privé puisse être fixé avec certitude, mais il suffit de démontrer que dans l'ordre naturel des choses on aurait pu faire un gain dont on se voit privé par le fait qui donne lieu à la réclamation ²¹². »

Nous ne pouvons pas insister davantage sur la contribution des principes de droit interne à la fixation des dommages-intérêts en droit des gens. Presque chaque litige de la sorte est accompagné d'une prétention pécuniaire et les juges se prononcent en s'appuyant sur des principes analogues à ceux que nous venons d'examiner. La question, très vaste dans son ensemble, est traitée dans une note doctrinale à la suite de l'affaire William Lee dans le remarquable ouvrage de MM. de Lapradelle et Politis sur les arbitrages internationaux²¹³.

Le principe de la res judicata pro veritate hebelur, dont on fait un si large emploi en droit interne, a reçu une consécration définitive dans la pratique des tribunaux internationaux et notamment dans un litige survenu entre le Mexique et les Etats-Unis connu sous le nom de l'affaire « des fonds pieux ». Elle constitue le premier différend que l'on porta devant la Cour permanente d'arbitrage de La

211. H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale. Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Berne 1902, p. 344-369.

212. De Lapradelle et Politis, *op. cit.*, p. 282 et suiv.

213. *Ibid.*, p. 285 et suiv.

Haye. L'arrêt de la Cour, rendu le 14 octobre 1902, fit une allusion directe au principe de la chose jugée²¹⁴.

La jurisprudence internationale ne s'est pas contentée à la seule adoption de tel ou tel principe déterminé. Bien des fois elle va plus loin et s'adresse à son esprit, à cette partie du droit interne qui fait, en quelque sorte, le trait-d'union entre le droit et l'équité. Sur ce point la contribution de la jurisprudence est considérable. Aussi, nous n'allons pas nous attarder à dépouiller les recueils d'arbitrages et à établir une longue liste des sentences inspirées par les considérations précédentes. Par conséquent, nous nous contenterons de quelques exemples qui nous paraissent présenter un intérêt particulier. *Sur l'esprit ou les principes généraux du droit interne*, nous avons un arbitrage entre la République Argentine et la Grande-Bretagne : affaire des navires *Cestus*, *Sullana*, etc., du 1^{er} août 1871. Dans la sentence rendue par le Président du Chili, don José Perez il est dit que : « C'est un principe général de justice que celui qui fait valoir son droit ne cause de tort à personne²¹⁵. »

Des fois, cet esprit auquel nous faisons allusion, existait déjà dans la loi interne des Etats en cause, et, dans ces circonstances, l'arbitre n'a plus à chercher ailleurs, il se contente de souligner la similitude et fait appel directement à la loi nationale. Un exemple nous est offert par un différend mettant aux prises les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, d'un côté, le Portugal de l'autre. L'affaire concernait la concession du chemin de fer Lourenço-Marques. La sentence du 29 mars 1900 fut prononcée à Berne, par le tribunal arbitral de Delagoa et contenait, entre autres, l'affirmation suivante : « La loi portugaise ne contient sur les points décisifs aucune disposition qui s'écarterait

214. J.-B. Scott, *Travaux de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye, Publications de la Dotation Carnegie*, Oxford, 1921, p. 6.

215. H. La Fontaine, *op. cit.*, p. 1-67.

des principes généraux du droit commun des nations moderne²¹⁶.

Outre les différends que nous venons d'examiner et au cours desquels l'arbitre a fait plus ou moins allusion aux principes du droit interne, il existe encore une autre catégorie de litiges, dont nous allons nous occuper maintenant. Cette catégorie présente un double aspect : l'un tourné vers le droit des gens, l'autre vers le droit interne. Par conséquent, nous n'avons plus d'emprunt à faire; nous cherchons la solution en droit interne et appliquons simplement l'ensemble de ses règles.

Un exemple de ces litiges à « double face » fera mieux comprendre nos affirmations. Il s'agit dans l'espèce d'un différend entre les Etats-Unis et la Hollande, connu sous le nom de l'affaire de l'île des Palmes (Miangas)²¹⁷.

La sentence rendue le 4 avril 1928 par un jurisconsulte suisse de grande distinction, M. Max Huber, reconnaît le bien-fondé des réclamations hollandaises. Elle est largement motivée et touche à des points très intéressants et en rapport avec notre sujet. Il s'agissait pour l'arbitre de vérifier si la Hollande a exercé sur ladite île un droit de souveraineté d'une manière évidente et ininterrompue. Or M. Huber considère que le droit de la souveraineté du point de vue international signifie l'exercice de la compétence de l'Etat sur une portion de territoire bien déterminée, compétence exclusive de toute autre semblable. Mais il ajoute aussitôt que ce droit a pour contre-partie le devoir de respecter les droits des autres Etats et de leurs ressortissants; en établissant pour remplir ces devoirs un minimum d'organisation étatique.

Par conséquent l'arbitre s'emploie à chercher — pour déterminer l'existence de la souveraineté — si les secondes conditions sont remplies, c'est-à-dire si la Hollande avait

216. H. La Fontaine, *op. cit.*, p. 399 et suiv.

217. *American Journal of international law*, année 1928, p. 867-912.

établi un minimum d'organisation, indispensable pour pouvoir affirmer son activité sur l'île en question. Le problème se trouve ainsi porté sur le plan du droit interne, voire du droit constitutionnel et administratif hollandais. Ici nous avons à relever un aspect intéressant du litige. Les Etats-Unis contestaient la souveraineté de la Hollande sur l'île des Palmes en invoquant l'absence des preuves. Et en effet, en droit des gens, la preuve était plus difficile à faire, peut-être même impossible. A ces arguments, M. Huber répondit en découvrant la contre-partie du droit de souveraineté et tout à coup nous nous trouvâmes en droit interne. Et alors il fut très légitime de la part de l'arbitre de se poser quelques questions, comme par exemple; les suivantes : les Hollandais ont-ils eu des établissements permanents sur l'île; une armée régulière, une organisation de police, des comptoirs commerciaux ? Dans le cas contraire, la souveraineté de la Hollande, que cette dernière invoque comme la conséquence d'un traité conclu entre les chefs indigènes et les autorités hollandaises, est-elle suffisante pour faire considérer l'île comme territoire hollandais ?

J'ai rappelé ces questions pour marquer comment M. Huber demanda au droit interne et rien qu'à lui tous les éléments capables de former sa conviction sur le bien-fondé des prétentions des Etats en cause.

Le droit interne, qu'il s'agisse du droit civil romain, administratif ou constitutionnel, joue un rôle prépondérant dans la formation de la coutume dans le sens large. L'arbitre se rapporte à ce qu'il estime juste, à ce qu'il a l'habitude, le penchant, d'estimer conforme à la justice sans se demander sous quelle étiquette se trouvait la solution cherchée ou de quelle branche du droit elle faisait partie.

79. — d. Les coutumes dans le sens large et la correspondance diplomatique se trouvent souvent intimement liées. Le phénomène n'est pas difficile à expliquer quand on songe que les personnes qui représentent en dernier

l'Etat dans les relations internationales peuvent professer à l'égard des problèmes qui n'intéressent pas directement leurs pays, certaines opinions qui sont les reflets du droit objectif et, comme telles, les succédanés d'une coutume dans le sens restreint que l'Etat aurait adoptée s'il s'était trouvé dans les mêmes circonstances.

Les bons offices et la médiation font également partie de cette catégorie de coutumes. Cette affirmation s'appuie sur le fait que l'Etat, en offrant ses bons offices aux antagonistes, est obligé d'exposer son point de vue sur la question de droit qui les sépare. Ce faisant, il exprime en même temps que sa propre conception, celle qui est partagée par la plupart des nations civilisées. Et dans ce sens nous estimons que la correspondance diplomatique reflète la formation d'abord, le contenu ensuite, de l'opinion dominante.

A part la médiation, il faut encore rappeler que les Etats avant d'arriver à la rupture ou même avant de porter leur différend devant un tribunal ou un arbitre, cherchent, à le vider entre eux et cette réconciliation se fait par l'échange de notes diplomatiques.

Dans cet ordre d'idées nous citons une lettre du 15 avril 1842 adressé par M. Webster, secrétaire d'Etat du gouvernement des Etats-Unis, à M. Thomson, ministre du Mexique: « Toute nation, ayant été reçue sur sa propre demande dans le cercle des nations civilisées, doit comprendre qu'elle n'a pas seulement les droits de souveraineté et de dignité de caractère national, mais qu'elle s'oblige aussi au respect de tous les principes, lois et usages qui ont l'assentiment des nations civilisées et qui ont pour objet de réduire les misères de la guerre. Aucune communauté ne peut jouir des bénéfices que la reconnaissance comme Etat lui accorde, sans accepter toutes les obligations internationales que ce caractère lui impose²¹⁸. »

²¹⁸. Webster Works, t. VI. p. 437. Cette lettre a été citée par Moore, *op. cit.*, p. 6.

Une autre lettre, celle-ci adressée par M. Evarts, toujours secrétaire d'Etat du gouvernement américain à M. Foster le 2 août 1877, contient le passage suivant : « Si un gouvernement se reconnaît lui-même incapable, ou s'il est décidé à ne pas se conformer aux obligations qui existent entre les gouvernements des Etats civilisés, par cela même il apparaît inapte à être reconnu comme puissance souveraine et indépendante²¹⁹.

Les deux lettres citées tournent autour de la question de savoir si la nature de la reconnaissance comme Etat est déclarative ou constitutive. Sans entrer dans une question que nous nous proposons d'examiner dans le chapitre suivant, celui consacré à l'étude de la force obligatoire de la coutume, nous devons néanmoins souligner que la conception soutenue par les deux secrétaires d'Etat américains, a été partagée par bon nombre de juges internationaux et l'opinion que la reconnaissance comme Etat soit conditionnée par le respect du droit des gens compte aujourd'hui encore de nombreux partisans.

Le dépouillement des documents diplomatiques présente ainsi une grande importance pour connaître ce qu'était l'opinion des hommes politiques sur telle ou telle question de droit international. Toutefois, il faut faire attention quand on essaye de dégager la physionomie du droit objectif de ces documents car il arrive souvent à la politique de primer le droit ou encore d'employer cette expression à des fins qui sont loins de relever de la justice. Voilà pourquoi, quand on procède à l'examen des documents diplomatiques, il faut avoir présentes à l'esprit les idées si justes de l'ancien secrétaire d'Etat américain Robert Lansing qui ne se fait pas d'illusion sur les véritables intentions des hommes politiques. « Quand nous essayons de fonder toute notre politique étrangère sur la croyance que la justice abstraite est une force dominante dans la conduite des

²¹⁹. Moore, *op. cit.*, p. 6-7.

affaires mondiales, nous construisons sur une base, laquelle, quoique très désirable, n'est nullement certaine. Nous devons reconnaître ce fait, tout désagréable qu'il puisse être : qu'aujourd'hui les Nations sont influencées plutôt par leur égoïsme que par un sentiment de justice.

Le temps viendra peut-être où les nations changeront d'attitude par la réalisation d'une justice uniforme tant dans leurs affaires internes que dans les affaires extérieures. Mais ce temps n'est pas encore venu et pour être sages, il ne faut pas nous leurrer, et croire que la politique des autres — même si les conséquences se tournent contre leurs intérêts immédiats — est altruiste, ou fondée sur le principe d'être juste. »

80. e. La coutume dans le sens large fondée sur l'opinion des publicistes est une des questions les plus difficiles que présente notre sujet. En effet, nous nous trouvons en présence de deux conceptions différentes : d'après l'une, le rôle de publiciste est strictement limité à l'enregistrement du droit en vigueur; d'après l'autre, la doctrine prépare son évolution et contribue à son développement. De quel côté se trouve la vérité? A cette question, il est difficile de répondre sans avoir étudié les deux alternatives séparément. Aussi nous allons procéder à leur examen avant de prendre partie pour l'une ou pour l'autre des conceptions précédentes. La première tendance se manifeste surtout dans la jurisprudence anglaise et américaine. Dans l'affaire *Paquete-Habana*, que nous avons examinée précédemment à d'autres points de vue, le Juge Gray dans la sentence rendue au nom de la Cour suprême des Etats-Unis dit notamment ceci : « Le droit international est une partie de notre droit; il doit être admis et appliqué par les juridictions respectives, chaque fois que des questions de droit se présentent en corrélation avec lui. A cet effet, s'il n'y a pas d'actes émanant du pouvoir législatif ou exécutif, on doit recourir à la coutume et aux usages des nations civi-

lisées. Et comme preuve de ceux-là, aux travaux des juristes et des commentateurs, lesquels par des années de travail, de recherches et d'expériences sont devenus particulièrement versés dans les questions qu'ils étudient.

Les tribunaux doivent recourir à ces travaux, non pas pour les spéculations des auteurs sur ce que le droit devrait être, mais pour prouver ce qu'il est réellement²²⁰.

Le même opinion est partagée par lord chief justice Cockburn dans la sentence qu'il a rendue au nom de la Cour des prises dans l'affaire *The Franconia* en 1876. La sentence, sur la question qui nous intéresse, contient le passage suivant : « Les écrivains du droit international, de quelque valeur que soient leurs travaux d'éclaircissement et de fixation du droit, ne le créent pas. Pour être obligatoire, le droit a besoin d'être consenti par les Nations dont il régira les rapports mutuels, le consentement est exprimé par traité ou bien déduit des usages établis²²¹. Les affirmations de lord Cockburn ont été confirmées par la sentence d'une autre juge anglais, lord Coleridge, rendue dans l'affaire *Queen c. Keyn*. Mais à part cette confirmation, ce qui nous intéresse particulièrement ici, c'est l'emploi que fait lord Coleridge de la doctrine des publicistes pour démontrer l'existence de la mer territoriale.

« Nous trouvons ici un grand nombre d'hommes spécialisés dans l'étude de ces questions, appartenant à des pays différents, qui pour la plupart n'ont aucun intérêt à soutenir une thèse déterminée concernant la question qui nous occupe et qui, depuis près de trois siècles, sont d'accord pour reconnaître que le territoire d'un Etat maritime s'étend au delà de la limite des basses eaux. Je ne puis guère concevoir une preuve plus convaincante et quand même la question devrait être tranchée ici pour la première fois, je n'hésiterais pas à admettre cette extension sur la seule

220. Dickinson, *The law of Nations*, New-York, 1929, p. 42.

221. Cité par Wheaton, *Elements of international law*, 7^e éd., Londres, 1929, t. I, p. 12.

preuve que constitue cette opinion concordante des auteurs²²² ». Les considérations exposées précédemment et auxquelles se rallient la plus grande partie des décisions anglaises et américaines, ont été accentuées aussi par la doctrine et dans un ouvrage réduit de dimensions mais riche de matériel scientifique qu'il renferme, les professeurs Amos Hershey a exposé le motif de cette influence indéniable qu'exerce la doctrine des publicistes sur l'évolution de notre science. « Comme dans le cas de certains grands traités — dit M. Hershey — Quelques-uns des anciens publicistes comme Grotius, Bynkershock, etc... ont été suivis comme autorité indiscutable en ce qui concerne la preuve du droit international. Ils systématisaient et interprétaient non seulement la coutume internationale existante mais exerçaient virtuellement à l'instar des jurisconsultes romains une fonction législative et longtemps bon nombre de leurs opinions étaient considérées décisives. Par contre, aujourd'hui, un consensus d'opinions ou un grand nombre de témoignages concordants sont indispensables pour prouver une règle de droit ou une coutume en vigueur. Il est encore intéressant de noter que les publicistes ont une plus grande autorité en Europe qu'en Angleterre ou aux Etats-Unis; et encore aux Etats-Unis ils sont plus écoutés qu'en Angleterre²²³. »

L'influence des travaux doctrinaux sur l'évolution du droit des gens est considéré par les partisans de la seconde tendance beaucoup plus profonde, voire même décisive. Pour eux, l'Etat ne prend pas directement contact avec les causes sociales qui sont à la base de notre science pour construire ensuite les rapports juridiques qui en découlent. Ces rapports se trouvent déjà constitués et celui-ci ne peut qu'accepter les solutions proposées par les auteurs.

222. De Visscher, *Cours à l'Académie de Droit international de La Haye*, t. VI, p. 349 et suiv.

223. Amos Hershey, *Essential of international public law and organisation*, New-York, 1927, p. 28 en note.

Mais, il ne faut pas exagérer et prendre ces affirmations à la lettre. Les principes, seulement, des relations juridiques sont empruntés par l'Etat, car il reste libre de revêtir chacun d'entre eux de sa forme appropriée. Un premier représentant de cette conception est le grand pénaliste français, Tarde. Dans son ouvrage intitulé *Les transformations du Droit* nous trouvons le passage suivant : « Voici tout un corps de Droit qui s'impose en temps de guerre dans les relations des armées; en temps de paix dans les relations des diplomates et qui, cependant, ne doit pas sa force à un ordre législatif puisqu'il n'y a point de législateur suprême des nations... D'où procède donc en réalité sa puissance effective ? C'est bien simple, et bien connu : du succès qu'ont eu en leur temps les ouvrages de Grotius et de Vattel...

Grotius et ses successeurs ont par l'accueil fait à leurs livres suscité dans le public un sentiment intense d'approbation en faveur d'un certain nombre de règles, un sentiment intense de réprobation contre ceux qui les violent²²⁴. Phillimore, le grand juge et publiciste anglais, est du même avis quand il écrit : « Si l'autorité de Zouche, de Mansfield est surtout celle de lord Stowell est contraire à une prétention de l'Angleterre, si Vallin, Domat, Pothier et Vattel s'opposent à une prétention de la France; si Grotius et Bynkershock sont contre une certaine réclamation de la Hollande; si les opinions de Heinecius, de Leibnitz, de Wolf ne se montrent pas favorables à la demande de l'Allemagne, enfin si Story, Wheaton, Kent repoussent les prétentions des Etats-Unis, il n'y a pas de doute que leur autorité doit prévaloir²²⁵. Et l'auteur allemand Bluntschli se prononce aussi absolument dans le même sens : « Quand tous : Wheaton, Phillimore, Calvet et Dudley Field, Heyter et Rollin Jacquemyns sont d'accord sur un principe,

224. Tarde, *Les transformations du Droit*, Paris, p. 154-156.

225. Phillimore, *Commentaries upon international law*, 1879-1888, t. I, p. 7.

on est enclin de le considérer comme admis en droit international moderne, même si aucun traité ne l'a proclamé et même s'il n'est pas universellement suivi en pratique²²⁶ ». Tout récemment encore, la même opinion a été exposée par lord Phillimore, le distingué jurisconsulte britannique, à la réunion du Comité des juristes convoqué pour procéder à la rédaction du statut de la Cour permanente de Justice internationale. La discussion portant sur l'art. 38. Il s'agissait de déterminer la signification exacte de l'expression de coutume internationale, et c'est alors que le délégué anglais propose la définition suivante : « L'accord de plusieurs auteurs sur un même point forme la coutume²²⁷. »

Si nous allons au fond des choses et si nous cherchons qu'elle est la véritable nature de la controverse mettant aux prises les deux tendances que nous venons d'examiner, celle-ci apparaît comme un aspect de la vieille querelle entre les partisans du droit naturel et les positivistes. Sur ce point, nous avons longuement insisté dans la première partie de cette étude et nous l'avons fait justement pour éviter de reprendre cette discussion chaque fois que l'exposition de notre sujet y fait allusion. Mais avant de clore ce chapitre nous allons quand même découvrir nos préférences. Sans partager en blocles opinions des partisans du droit naturel, nous pensons que les travaux de doctrine, pour être en considération par les instances internationales doivent s'inspirer en même temps que des considérations de justice et d'équité, de la réalité courante, de ce que les Etats acceptent sans trop de difficulté. Car, il faut bien le dire et le répéter : l'organisation internationale actuelle est loin d'être parfaite et tout échec subi par l'idée de justice dans les relations extérieures des Etats est dangereux sinon fatal pour la réalisation pratique des principes de notre science.

226. Bluntschli, *Le Droit international codifié*, note au n° 16.

227. Publications de la Cour Permanente de Justice internationale. Comité consultatif des juristes. Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-14 juillet 1920. La Haye 1920, p. 307 et suiv.

CHAPITRE II

LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA COUTUME

81. Dans le commerce juridique courant, le fait de posséder un certain droit ne suffit pas pour le faire valoir en justice, car sa possession n'est vraiment utile que si on est en état de la prouver. Cette question est d'une importance capitale, tant en droit interne, qu'en droit international. Par conséquent, nous sommes conduits à examiner : d'abord comment se fait la preuve d'une coutume déterminée et ensuite d'où provient sa force obligatoire. Toutefois, ces recherches n'épuisent pas le sujet, car il reste encore un troisième et dernier point à élucider : la force obligatoire varie avec la coutume à laquelle elle se rattache. C'est ici que nous allons revenir à la terminologie employée précédemment et suivant qu'il s'agira de la coutume dans le sens large ou dans le sens restreint, la force obligatoire correspondante sera tantôt plus forte et tantôt plus faible.

Section I. — La preuve de la coutume.

82. La preuve de la coutume est fournie d'après la conception anglo-américaine, par les écrits des publicistes. Ces écrits sont les reflets du droit international en vigueur et par conséquent aussi ceux de la coutume. Seulement, il peut arriver de ne rien trouver dans la littérature juri-

dique sur telle ou telle coutume déterminée. Ou encore, — comme il arrive souvent dans notre science — de tomber sur une controverse où le pour et le contre sont contenus avec autant de vigueur que d'autorité par des auteurs tout aussi réputés les uns que les autres.

Dans cette dernière hypothèse, la règle de droit coutumier se voit privée du support moral qu'aurait pu lui offrir son acceptation dans les ouvrages de doctrine. Pour la justifier, il existe néanmoins d'autres moyens. On peut, par exemple, invoquer les autres éléments du droit international et présenter par une suite de déductions logiques les règles coutumières comme une conséquence nécessaire de ces éléments; où encore, ce qui est plus difficile, de remonter jusqu'aux principes du droit objectif suivant le même raisonnement. Quoiqu'il en soit, l'existence d'une coutume internationale ne suffit pas toujours pour en demander l'application. En effet, après avoir fait la preuve de l'existence de la coutume, il faut montrer que dans les circonstances présentes son respect est légitime et indiscutable.

La question ainsi posée, il nous a paru beaucoup plus simple de recourir à quelques schémas — et montrer en même temps les relations entre les deux espèces de coutumes étudiées — que d'essayer une longue explication qui risquerait fort de devenir vague et confuse.

83. Pour la coutume dans le sens étroit, le premier exemple est celui d'un Etat R ayant une réclamation contre l'Etat D (celle-ci est représentée par une flèche). Entre les deux Etats existait aussi une coutume dans le sens étroit. (Nous la représentons par un trait). D refuse à partir d'un certain moment de respecter l'ancienne coutume à l'égard de R, ce qui amène une protestation de la part de ce dernier.

Exemple 1. R.  D.

Le cas s'est présenté en pratique. Il s'agissait dans l'esèce de la traite des noirs. Ce commerce, que les Etats ont

considéré légitime, est apparu peu à peu ce qu'il est en réalité : un trafic odieux et infâme. Mais le changement d'opinion ne s'est pas fait d'un seul coup et certains Etats qui avaient des exploitations agricoles dans les colonies, et par conséquent intérêt à exploiter des esclaves, ont très difficilement accepté ces nouvelles idées. Tandis qu'une partie des Etats s'étaient déclarés absolument hostiles à la traite, certains autres faisaient des déclarations de principe, sans prendre les mesures nécessaires pour l'abolir.

Le litige auquel nous faisons allusion est connu sous le nom de « l'affaire du schooner la *Jeune Eugénie*²²⁸ » en date de 1882. Un navire français de ce nom, qui transportait une cargaison de noirs, avait été saisi près de la côte africaine par un navire de guerre américain. La prise est jugée devant la Cour suprême des Etats-Unis, laquelle repousse, par l'organe du célèbre juge Story, les prétentions des réclamants. La cargaison est confiée dans la suite au consul de France et le navire restitué à ses propriétaires. Malgré la coutume qui excluait du droit des prises les cargaisons de cette catégorie, les nouveaux principes ont été plus efficaces : mais il faut le reconnaître, on n'est pas allé jusqu'à leur dernière conséquence qui aurait consisté logiquement dans l'affranchissement des esclaves. La sentence du juge Story apporte encore d'autres précisions intéressantes sur la coutume en droit des gens et notamment sur son abrogation : à cet égard nous allons la reprendre bientôt, en examinant le problème dans son ensemble²²⁹.

La jurisprudence de la Cour suprême ne s'est pas maintenue longtemps dans cette voie et trois ans plus tard, en 1825, elle revient aux anciennes conceptions. Cette fois ce fut le juge Marshall qui délivra la sentence et le litige en question portait le nom de l'affaire « *The Antelope* ». Les faits étaient analogues à ceux exposés dans le cas précédent,

228. Dickinson, *op. cit.*, The schooner « La Jeune Eugénie », 1822. Pailbaud et Labatut réclamants, p. 13-20, surtout p. 16.

229. Voir *infra*, 2^e partie, chap. 3. L'abrogation de la coutume.

seule la nationalité du navire était différente. Quoiqu'il en soit, ce qui nous intéresse particulièrement ici, c'est que les nouveaux principes durent s'incliner devant la tradition. L'explication de ce revirement d'opinion apparaît clairement dans la sentence rendue par le juge américain et notamment dans le passage suivant : « Aucun principe du droit des gens n'est plus généralement admis que la parfaite égalité des Etats. La Russie et la République de Genève ont des droits égaux. Il résulte de cette égalité, qu'aucun ne peut juridiquement imposer sa loi aux autres. Chaque Etat fait ses lois mais leur application se réduit à son propre usage. Par conséquent, un droit reconnu par le consentement de tous, ne peut être abrogé que par le même consentement en sens contraire. Et ce commerce auquel tous ont participé doit être considéré légal à l'égard de ceux qui n'y ont pas renoncé. Parce qu'une nation ne peut faire la loi d'une autre, elle ne peut faire la loi des Etats; et ce commerce doit être considéré légal par les gouvernements qui ne l'ont pas interdit²³⁰.

Le second exemple — nous n'insistons plus sur la signification des lignes et des flèches, elle est la même pour tous les schémas — se présente sous la forme suivante :

Exemple 2 : $R \rightleftharpoons D \begin{smallmatrix} \xrightarrow{F} \\ \xrightarrow{E} \\ \searrow G \end{smallmatrix}$

Pendant la guerre de 1914, la Hollande (R) avait soutenu que l'Angleterre (D) et la France aussi (pour plus de simplicité nous n'avons plus figuré cette dernière) sont tenues au respect des règles contenues dans la Déclaration de Paris du 16 avril 1856. Et dans ses réclamations elle faisait surtout allusion aux principes concernant la propriété neutre ou ennemie sous pavillon neutre²³¹.

Comme ces principes ont été respectés de tout temps

230. Dickinson, *op. cit.*, p. 20. Le juge Marshall dans *The Antelope*.

231. Koster, *op. cit.*, p. 234.

par l'Angleterre (dans ses relations avec les Etats E, B, et F) — la Hollande, pour prouver la justesse de ses prétentions devait succéder dans la démonstration qu'elle a les mêmes droits que l'un quelconque des Etats cités.

Les schémas précédents nous ont permis d'envisager la technique de la preuve par l'ensemble des circonstances qui entourent la coutume dans le sens étroit. Pour compléter nos recherches, il reste un autre examen à faire : celui de dégager le rôle de la même technique dans la catégorie des coutumes dans le sens large.

84. La coutume dans le sens large présente à ce point de vue quelques particularités différentes. Nous rappelons que les conclusions auxquelles nous sommes arrivés dans ce dernier sens se constitue en dehors de la volonté de l'Etat contre lequel on l'invoque, et que, pour la prouver, il faut démontrer l'identité de son contenu avec celui du droit objectif. La preuve est évidemment plus difficile à faire que dans le cas précédent ; aussi, les chances de faire accepter par l'Etat une attitude déterminée que les membres de la communauté internationale ont généralement acceptée et que lui s'est refusé à accepter sont excessivement réduites. Toutefois, le cas s'est présenté en pratique, où un Etat, même étranger à telle coutume déterminée, s'est prononcé pour son acceptation. Cet exemple est fourni par l'affaire célèbre que nous avons déjà examinée à plusieurs points de vue et que l'on peut représenter schématiquement ainsi :

Exemple 3. R. → D F. — A.

C'est l'affaire *Paquete Habana* dans laquelle les Etats Unis (D) ont accepté une coutume qui s'est formée absolument en dehors de leur volonté et notamment dans les relations entre la France et l'Angleterre²³².

232. Voir *supra*, n° 78.

Et enfin le dernier exemple est le suivant :

Exemple 4. R.→D. Il n'existe aucune coutume restreinte à invoquer et on est obligé de faire appel aux opinions de doctrine, au droit interne etc., etc.. Ce type est représenté par un grand nombre de litiges : l'affaire de l'île des Palmes²³³, l'affaire Youle Shortridge et Comp²³⁴, l'affaire Fabiani²³⁵ et par beaucoup d'autres. L'invocation du droit objectif auquel on n'a pas manqué de recourir dans tous les cas précédents est, en même temps qu'un moyen de preuve, le fondement juridique de toute règle de coutume internationale.

Comment le droit objectif rend-il la coutume obligatoire telle est la question que nous nous proposons maintenant de résoudre.

Section II — La force obligatoire de la coutume.

85. Quand nous avons parlé des éléments de la coutume dans le sens restreint, pour examiner ensuite ceux de la coutume dans le sens large, notre attention s'est portée surtout sur l'élément intellectuel commun aux deux espèces et que nous avons appelé par l'expression traditionnelle d'« *opinio necessitatis* ». Cette opinion est l'élément capital et c'est autour d'elle que gravite toute notre étude. L'*opinio necessitatis* — nous l'avons déjà dit — est la reconnaissance d'un droit préexistant, droit consacré par la conscience juridique commune, par l'*opinio necessitatis*, par le droit objectif. Le terme n'a pas d'importance; le fait seul compte et celui-ci est indéniable. Car il est évident qu'à une époque quelconque de notre histoire il existe certaines tendances déterminées qui se retrouvent dans toutes les branches de l'activité sociale et nous ne voyons pas pourquoi le droit y ferait exception.

233. Voir *supra*, n° 78.

234. Voir *supra*, *ibid.*

235. Voir *supra*, *ibid.*

La conviction qu'en respectant une coutume on respecte en elle un droit préexistant, voilà la force obligatoire de la coutume. J'ai dit ailleurs que ce respect n'est pas une concession, j'ajoute ici qu'il n'est pas non plus un acte de courtoisie ou de politesse. La « *comitas gentium* » sert dans le langage des juristes à désigner la courtoisie et on a l'habitude d'appeler les actes issus de ce sentiment du nom d'« usages », par opposition à ceux qu'on appelle couramment des coutumes. Il arrive parfois, que la première catégorie d'actes, les usages, fournissent des matériels aux seconds et qu'ainsi une règle qui était avant « de politesse » devient « de droit ». Nous ne voyons aucune difficulté d'accepter cette opinion, mais il faut souligner soigneusement qu'avant de devenir coutume, l'usage ne signifiait absolument rien du point de vue juridique. Il était un acte de courtoisie, de politesse, mais rien d'autre. Souvent la différence entre coutume et usage est assez difficile à faire²³⁶. Ainsi, par exemple dans la plaidoirie de M. Politis, devant la Cour permanente de justice internationale, dans l'affaire des Usines de Chorzow; on n'est pas très sûr si l'illustre internationaliste faisait allusion à une règle juridique ou simplement à une question de politesse, de savoir vivre, quand il prononça les paroles suivantes : « Je disais avant-hier qu'il est contraire à une règle courante dans les rapports internationaux de dire d'avance à un pays que l'on va prendre des garanties, pour le cas où il ne paierait pas exactement aux dates convenues, ou bien pour le cas où il se refuserait à payer. Je disais, que cette affirmation est contraire à une règle d'après laquelle les gouvernements sont sensés solvables et de bonne foi²³⁷ ».

Personnellement, je crois qu'il s'agit dans l'espèce d'une règle de courtoisie plutôt que d'une véritable coutume.

236. Dans la jurisprudence internationale nous avons un cas célèbre où le droit est confondu avec la courtoisie : lord Stowell dans « *The young Jacob and Johanna* ».

237. Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale, série C, n° 13-1. Affaire des Usines de Chorzow, Réplique de M. Politis, p. 80.

Les différences entre ces deux notions ont été relevées bon nombre de fois par les auteurs et dans la première partie de cette étude nous y avons fait souvent état, c'est pourquoi nous n'allons en citer ici qu'un seul, celui qui nous paraît le mieux saisir leurs caractères respectifs. « La coutume — dit Woolsey — contient des règles qui s'adressent au sens moral de l'Etat; la courtoisie est une simple collection de formalités²³⁸. » Nous signalons encore, sur la même question, une excellente thèse de doctorat soutenue tout récemment à la Faculté de Droit de Paris par M. Dimitch.

La force obligatoire apparaît ainsi attachée exclusivement aux coutumes; elle est à base de conviction et non pas de consentement. En effet, consentir suppose implicitement la faculté de ne pas le faire. Je vends ma maison si je veux; sinon, je ne la vends pas. En droit international la coutume c'est la loi et par conséquent, en respectant la loi, il n'y a pas lieu de consentir; il y a soumission ou insoumission, voilà tout.

86. L'obligation pour l'Etat de respecter le droit coutumier a été considérée par d'aucuns comme la contre-partie de son admission dans la communauté internationale. A cette conception faisaient allusion les deux lettres que nous avons citées dans le chapitre consacré à la formation de la coutume. Mais, il faut bien le dire, ce point de vue était partagé depuis bien longtemps par la jurisprudence. En effet, dans une sentence rendue en 1796, au nom de la Cour suprême des Etats-Unis par la juge Wilson, nous trouvons ce passage significatif « Quand les Etats-Unis se sont déclarés indépendants, ils ont été obligés d'accepter le droit des gens tel qu'il existait en ce moment²³⁹. »

238. Woolsey, *Introduction to the study of international law*, New-York, 1870, § 28, p. 27.

239. Le juge Wilson dans l'affaire *Ware c. Hylton*, 1796. Moore, *op. cit.*, p. 5.

En Grande-Bretagne, la même attitude se fait jour dans la dépêche de Canning en date du 25 mars 1827 à propos de la reconnaissance des anciennes colonies espagnoles qui s'étaient révoltées contre la métropole. Dans cette dépêche, le secrétaire d'Etat britannique déclarait leur reconnaître la qualité d'Etats indépendants et par suite : « d'étendre à leur profit la sphère des droits et des obligations que les peuples sont tenus de respecter mutuellement et qu'ils ont le droit d'exiger réciproquement les uns des autres²⁴⁰. Certains ouvrages doctrinaux partagent aussi cette manière de voir et en particulier l'argumentation de M. Cavaglieri est très intéressante à examiner. Le professeur italien part du principe que le droit coutumier puise sa force obligatoire du consentement des Etats. Par le fait de leur acceptation dans la communauté internationale, qui s'accomplit *sur leur demande*, ceux-ci ont consenti tacitement à se soumettre au droit coutumier. Toutefois, il existe deux moyens pour s'en dégager; le premier c'est de ne pas demander son admission dans la dite communauté; le second consiste à déroger par traité aux coutumes qu'ils n'entendent pas suivre²⁴¹. Envisagé ainsi, le droit coutumier se réduit à très peu de chose, voire à rien. Aussi nous ne pouvons aucunement souscrire aux conclusions de M. Cavaglieri, car juridiquement l'Etat existe du moment que certaines conditions — dans les détails desquelles il est inutile d'entrer — sont satisfaites. Autrement dit, la reconnaissance est un *acte déclaratif*; elle nous paraît incapable de conférer la qualité d'Etat et faire partie ainsi de la catégorie des actes que l'on qualifie couramment de *constitutifs*. Cette conception satisfait non seulement la logique des spéculations abstraites, mais encore les exigences de la pratique courante, ainsi par exemple, la responsabilité de l'Etat, est encourue par tout acte contraire au droit cou-

240. A. Cavaglieri, Règles générales du droit de la paix. *Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. XXVI, p. 315 et surtout p. 324.

241. A. Cavaglieri, Règles générales, *op. cit.*, p. 355-356.

tumier, même s'il n'avait pas demandé sa reconnaissance. Dans l'opinion de M. Cavaglieri les choses se passent autrement, car à défaut de celle-ci, l'Etat, se trouve exclu de toute réglementation juridique et livré à une liberté d'action illimitée.

Si nous essayons maintenant de résumer les conclusions suggérées par les considérations précédentes, nous arrivons à la formule suivante : reconnu ou non, l'Etat reste toujours soumis au droit coutumier international.

Le second moyen proposé par M. Cavaglieri pour permettre à l'Etat de déroger aux règles coutumières en vigueur soulève une question plus délicate. Il s'agit d'examiner si la force obligatoire du traité est supérieure à celle de la coutume. Pour pouvoir nous prononcer sur une pareille question, il faut tenir compte de deux principes différents. D'après le premier — auquel nous avons déjà fait allusion — la force obligatoire apparaît comme une conséquence immédiate de la conformation de la coutume au sentiment de justice. Traité ou coutume ne font qu'un, et toute autre gradation est impossible à concevoir. L'autre principe présente la question sous un angle absolument différent, car, ce n'est plus d'après son contenu qu'un certain droit acquiert force obligatoire, mais d'après la preuve qu'on en fait en justice. Tel droit est revêtu de force obligatoire plutôt que tel autre si la preuve du premier est plus facile à faire que celle du second. La constatation que nous venons de faire est très importante; c'est sur elle que repose l'art. 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale, article que nous allons examiner bientôt. Une autre question en rapport avec la force obligatoire de la coutume internationale, s'est posée au sujet de la règle *pacta sunt servanda*. Certains auteurs pensent que de par sa nature cette règle est essentiellement coutumière — autrement dit un traité ne saurait suffire à lui seul; la force obligatoire qui s'y attache lui est extérieure et provient de l'habitude qu'on a de considérer les

parties liées par sa conclusion. Cette opinion n'est pas dénuée de fondement car en remontant vers l'origine du droit celui-ci se confond de plus en plus avec la morale, avec le droit objectif, pour tout dire, avec ces notions générales dont le contenu très vaste devient difficile à déterminer. Une autre justification de cette manière de voir, se trouve dans le fait, qu'en droit interne, la force obligatoire de toute convention réside dans la loi, et quand on a cherché en droit des gens un support analogue, le seul qui puisse l'offrir, c'est le droit coutumier.

Section IV. La gradation de la force obligatoire des règles coutumières.

87. Dans le chapitre consacré à l'étude des éléments de notre sujet, nous avons montré la différence qui existe entre la coutume dans le sens large et dans le sens étroit. — Ici nous rappelons seulement que la première s'est formée sans la participation de l'Etat contre lequel on l'invoque, tandis qu'il a contribué, lui aussi, à la formation de la seconde. Si, d'autre part, nous tenons compte que l'ancien dogme de la liberté contractuelle illimitée a subi, en droit interne, des restrictions importantes — la loi se substituant au contrat — mais par contre, qu'en droit des gens, faute de codification, elle continue de rester toute-puissante, il est facile de comprendre pourquoi lorsqu'il s'agit de prouver une coutume, on recourt toujours à un procédé analogue à celui qu'on emploie en droit interne pour dégager les volontés des parties contractantes. Logiquement nous croyons avoir suffisamment démontré que la coutume n'est pas un contrat; cependant, dans la pratique courante, on la prouve toujours comme tel.

La gradation de la force obligatoire des règles coutumières est maintenant très facile à faire. La preuve la plus parfaite nous est fournie par le traité; immédiatement

après vient la coutume dans le sens restreint, parce que la contribution de l'Etat à sa formation est une manifestation de volonté de sa part. Ensuite, c'est la coutume dans le sens large et notre classification s'achève par la possibilité pour le juge de statuer *ex æquo et bono*, hypothèse qu'on doit prévoir pour ne pas exposer les parties à un déni de justice.

Le côté pratique de la question a été résolu dans l'art. 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale. Les discussions autour de cet article ont été longues et laborieuses et après maintes modifications on est arrivé à la rédaction définitive dont la teneur est la suivante : « Art. 38. La Cour applique : 1° Les conventions internationales, soit générales soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige; 2° La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit; 3° Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées; 4° Sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex æquo et bono*. »

88. Certains auteurs et parmi les plus autorisés, comme par exemple MM. Anzilotti²⁴², Cavaglieri²⁴³, Strupp²⁴⁴ etc... ont trouvé la rédaction de l'art. 38 franchement mauvaise. Personnellement, je ne suis pas de leur avis. Le comité consultatif de juristes a donné preuve de beaucoup de science et de pénétration, les diverses variétés de cou-

242. Dionisio Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1928, p. 106-109.

243. A. Cavaglieri, Règles générales du droit de la paix, *op. cit.*, p. 325.

244. Strupp, *Eléments du Droit international public*, Paris, 1930, 3 vol., vol. I, p. 17.

tumes ayant été pesées très exactement du point de vue de leur force obligatoire. Toutefois, avant de clore ce chapitre, il n'est pas sans intérêt d'apporter quelques précisions aux termes employés par les juristes. Le second alinéa envisage la coutume non seulement dans le sens étroit mais encore sous l'aspect d'une pratique généralement acceptée, comme étant de droit. Cette expression nous permet de conclure que l'article en question fait allusion à la catégorie de coutumes dont nous avons étudié comme type l'affaire *Paquete Habana*. Plus loin, le troisième alinéa concerne les principes généraux. Quelle est la nature de ces principes ? D'après M. de Lapradelle on les dégage de la coutume de la lecture des auteurs et de la jurisprudence et il ajoute aussitôt que cette dernière a le pas sur les opinions doctrinales²⁴⁵. Lord Phillimore est du même avis quand il considère la coutume et les principes généraux comme formant une même unité²⁴⁶.

Nous pensons qu'il est difficile de leur donner une signification internationale, car alors l'alinéa suivant n'aurait plus de sens. La seule interprétation possible est d'envisager les principes généraux comme le produit de la législation particulière de chacun des Etats; c'est le droit interne auquel on fait des emprunts quand on ne peut résoudre autrement les litiges internationaux²⁴⁷.

245. Publication de la Cour Permanente de Justice internationale. Comité consultatif de juristes. Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin, 14 juillet 1920, La Haye, 1920, p. 307 et suiv.; voir surtout p. 335.

246. *Ibid.*, L'opinion de lord Phillimore, p. 331.

247. Dans notre sens, voir aussi Spiropoulos, *Théorie générale du Droit international*, Paris, 1930, p. 97.

CHAPITRE III

LA TRANSFORMATION ET L'ABROGATION DE LA COUTUME

89. Nous avons vu dans les chapitres précédents, comment se forme la coutume et pourquoi elle est obligatoire; maintenant nous sommes conduits à examiner sa disparition du domaine du droit des gens. Sur cette question nous allons envisager deux hypothèses différentes : il se peut, d'abord, que le contenu matériel d'une règle coutumière donnée *changeât* de forme : autrement dit qu'elle devînt traitée; il se peut, ensuite, que telle autre coutume soit *définitivement exclue* du droit en perdant toute sa valeur juridique.

Dans l'étude que nous allons entreprendre le plan est arrêté par les observations mêmes que nous venons de faire.

90. La pratique internationale offre de nombreux exemples sur la transformation d'une règle de droit coutumier en droit conventionnel, en traité. En Angleterre la Magna Charte de 1225 proclame la liberté de commerce et de circulation au profit des marchands étrangers et cela *par antiquas et rectas consuetudines*.

On pourrait faire observer à propos de cet exemple que la Magna Charte est une constitution interne; cependant les actes de caractère international ne manquent pas dans ce sens; bien au contraire.

Dans le traité de Spire conclu en 1544 entre Charles Quint et Christian III roi de Danemark un droit identique est reconnu au sujet d'un pays dans l'autre et cela « *wie von alters hero*, » comme cela était admis de temps immémorial²⁴⁸. Du reste, nous n'avons pas besoin de remonter si loin dans le passé pour trouver des confirmations à ce que nous venons d'avancer.

La Convention des Détroits du 30 mars 1856 renferme dans son premier article les dispositions suivantes : « Sa Majesté le Sultan, d'une part, déclare qu'il a la ferme résolution de maintenir à l'avenir le principe invariablement établi *comme ancienne règle*, de son Empire, et en vertu duquel il a été de tout temps défendu aux bâtiments de guerre des Puissances étrangères d'entrer dans les Détroits des Dardanelles et du Bosphore, et que tant que la Porte se trouve en paix, S. M. n'admettra aucun bâtiment de guerre étranger dans les dits Détroits²⁴⁹. » Plus récemment encore dans la deuxième conférence internationale de la Paix, tenue à La Haye le 18 octobre 1907 et qui avait l'objet de « donner un développement nouveau aux principes humanitaires qui ont servi de base à l'œuvre de la première conférence de 1899²⁵⁰ ». On a arrêté XIV conventions relatives aux matières les plus diverses du droit des gens. La quatrième exprime, dans son titre même, le large emprunt qu'elle entend faire au droit coutumier; car elle est comprise sous la désignation de « Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre ». Et sur la force obligatoire de cette convention nous trouvons un argument dans l'article 228 du Traité de Versailles. Cet article précise justement les mesures que les puissances alliées et associées entendent prendre contre « les

248. Kisters, *op. cit.*, p. 59.

249. Strupp, *Documents pour servir à l'histoire du droit des gens*, 2^e éd., 1923, 5 vol., t. I, p. 406.

250. Basdevant, *Recueil des traités et conventions en vigueur entre la France et les Puissances étrangères*, 4 vol., t. IV, p. 383.

personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre²⁵¹ ».

91. La seconde hypothèse, celle de l'exclusion d'une règle coutumière quelconque du domaine du droit des gens est aussi illustrée en pratique par de nombreux exemples. L'ancien droit à l'épave, droit au wreck, comme on l'appelle encore, a été pendant longtemps considéré comme une véritable prérogative de la Couronne d'Angleterre²⁵². L'intervention de l'Eglise, et surtout le développement du sens moral dans les relations internationales ont contribué à l'abrogation de cette coutume inhumaine qui attribuait au roi la propriété de tout navire et de sa cargaison s'il venait échouer sur les côtes de son royaume²⁵³. Toutes proches de celles-ci certaines autres règles, concernant la capture du butin de guerre, ont été modifiées par les conceptions nouvelles comme contraires pour employer l'expression de Bluntschli « à la conscience juridique des peuples, telle qu'elle a progressé²⁵⁴. »

La traite des noirs, à laquelle s'est livré pendant longtemps le commerce des Etats européens est considérée aujourd'hui comme un véritable crime et punie à l'instar de la piraterie. Ce changement d'opinion se fit par étapes progressives et la dernière en date : l'Acte général de la conférence de Bruxelles pour l'abolition de l'esclavage du 2 juillet 1890 précise nettement la nouvelle conception²⁵⁵. Jusqu'à cette date le droit objectif ne s'était pas prononcé d'une manière décidée et c'est pourquoi la jurisprudence hésitait sur l'attitude à prendre devant les prises constituées par des cargaisons de noirs. Cette hésitation est ap-

251. Le Fur et Chklaver, *Recueil de textes de Droit international public*, Paris, 1928. Le traité de Versailles, 28 juin 1919, p. 351.

252. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, 1825, t. I, p. 290.

253. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, 1825, t. I, p. 290.

254. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht*, § 13-15, p. 63-64.

255. Strupp, *Documents*, *op. cit.*, t. II, p. 564.

parue dans un litige que nous avons déjà examiné à d'autres points de vue et que nous allons maintenant reprendre. Le différend est connu sous le nom de « l'affaire de la *Jeune Eugénie* », du nom du navire qui transportait les noirs. Le juge Story rendant la sentence au nom de la Cour suprême des Etats-Unis disait textuellement ceci : « En conséquence, ce qu'est le droit international ne repose pas seulement sur la théorie, mais doit être considéré comme *modifié* par la pratique ou encore affirmé par les traités à diverses époques. Il ne s'ensuit pas que, parce qu'un principe n'est pas reconnu à un certain moment ni par le consentement ni par la pratique des nations, ce principe doive être considéré comme à jamais exclu du droit des gens. Néanmoins, on ne peut pas considérer comme appartenant au droit international les principes qui ne sont pas universellement reconnus comme tels par les communautés civilisées, ou au moins par celles que nous appelons « les Etats Chrétiens de l'Europe ».

Mais je crois pouvoir affirmer que toute doctrine correctement déduite des droits et devoirs des Etats et de la conception des obligations morales, peut-être théoriquement considérée comme existant en droit des gens. Et même si elle n'est pas respectée par le consentement des Etats, lequel s'exprime par la pratique générale et par la coutume, elle peut-être appliquée par les tribunaux, chaque fois que les circonstances l'exigent²⁵⁶. »

La même opinion est partagée par la doctrine et Despagne explique cette modification comme ayant lieu « sous l'influence d'une nouvelle conception rationnelle ou d'un sentiment nouveau des nécessités pratiques²⁵⁷. »

Par conséquent, la coutume, comme d'ailleurs tout l'ensemble du droit international, est soumise à une transformation incessante. Quand l'opinion dominante devient

256. Dickinson, *op. cit.*, p. 13.

257. Despagne, *Cours de Droit international public*, IV, éd. revue par Ch. de Boeck, Paris, 1910, n° 56, p. 70-71.

hostile à telle règle coutumière donnée, celle-ci perd le support intellectuel, *l'opinio necessitatis* qui la rendait obligatoire, et, dépourvue de ce caractère, elle ne fait plus partie du droit.

91. Ce phénomène juridique peut se produire de deux manières différentes : 1^o par la conclusion d'un acte international contraire aux principes contenus dans la coutume abrogée : la traite des noirs (Déclaration de Vienne 8 février 1815²⁵⁸ et Acte général de Bruxelles, *supra*); la course et le blocus fictif (Déclaration de Paris sur le droit de guerre maritime 16 avril 1856²⁵⁹), et de même les prétentions, d'origine coutumière, des Pays-Bas relatives à la navigation sur le Rhin, furent abrogées par la Déclaration de Vienne du 24 mars 1815²⁶⁰.

2^o Quand aucun acte international n'intervient dans le sens contraire à la coutume ancienne; alors celle-ci est abrogée lentement, sans secousse, en cédant sa place aux nouvelles conceptions. Dans cette catégorie se rangent le droit à l'épave et la question plus importante de la liberté des mers. Quand, infestée de pirates, la mer présentait de grands dangers pour la navigation certains princes faisaient armer des expéditions pour les combattre, et, en échange, ils élevaient leurs prétentions sur la domination des flots. Quelquefois ils demandaient le monopole de la navigation sur telle ou telle mer du globe; souvent aussi, ils se contentaient de simples marques d'honneurs qu'ils exigeaient de la part des vaisseaux marchands à leurs navires de guerre.

Toujours est-il qu'aujourd'hui, les pirates disparus, il n'existe plus aucun fondement qui puisse justifier de pareilles prétentions.

258. Strupp, *Documents*, *op. cit.*, t. I, p. 186. Elle constitue l'Annexe A de l'Acte du Congrès de Vienne du 9 juin 1815.

259. Le Fur et Chklaver, *op. cit.*, p. 88.

260. Strupp, *Documents*, *op. cit.*, t. I, p. 190. Elle constitue l'Annexe C de l'Acte du Congrès de Vienne du 9 juin 1815.

92. L'abrogation de la coutume soulève un problème intéressant à l'examen duquel nous allons passer maintenant. Il est généralement admis que la guerre abroge les traités entre les belligérants; en sera-t-il de même pour la coutume ? Nous croyons devoir répondre de manière négative et voici pourquoi : la guerre est un acte de volonté, de consentement au moins de la part de l'un des Etats en cause. Par conséquent, cet acte ne peut excercer de l'influence que sur un autre de la même catégorie : sur le traité. Au contraire, sur la coutume expression du droit objectif, la volonté n'a pas de prise et celle-ci continue à régir comme avant les relations entre belligérants.

Certains publicistes ont prétendu que l'abrogation de la coutume commence par la désuétude. Le non-usage serait ainsi par opposition à la *consuetudo*, l'élément déterminant la cause de l'abrogation du droit coutumier.

Personnellement, je ne saurais partager cette opinion. La désuétude n'est que le reflet d'une conviction intérieure et en bonne logique cette conviction doit la précéder. Quand le support intellectuel, l'*opinio necessitatis* fait défaut, la coutume n'existe plus et le non-usage ne peut fournir que la preuve de cette inexistence. Il va sans dire que dans la pratique courante il se produit souvent des circonstances, où, la désuétude envisagée sous cet aspect exerce une influence prépondérante sur l'appréciation du litige et détermine le juge à se prononcer en faveur de la partie qui l'invoque.

Cependant, il ne faut pas conclure de là que la force probatoire qui est susceptible de variation puisse se transformer en cause efficiente du phénomène juridique que nous venons d'examiner.

CONCLUSION

L'étude que nous avons entreprise sur le concept de la coutume internationale touche à sa fin. Le sujet, très vaste, nous a souvent obligé de poursuivre nos recherches sur des questions en apparence éloignées du but que nous nous proposons d'atteindre, en réalité toutes proches, car la science du droit présente une unité indivisible, malgré les multiples classifications sous lesquelles les publicistes ont examiné ses différents aspects. Et c'est pourquoi nous avons dû insister avec force détails sur la controverse entre les partisans du droit naturel et ceux de l'école qualifiée de positiviste. Cette controverse devait fournir le fondement de notre construction, car, selon que nous acceptons l'une ou l'autre de ces doctrines, la formation et la force obligatoire de la coutume devaient s'en ressentir fortement. Nos préférences sont allées vers le droit naturel. Est-ce la réalité des faits qui nous conduit à adopter ce point de vue ? A cette question, il est facile de répondre. Notre choix s'est arrêté sur le droit naturel parce qu'il peut résoudre certaines difficultés qui se présentaient autrement comme autant de problèmes inextricables. L'adoption d'un traité par les Etats tiers, par exemple, ne peut s'expliquer que par l'existence d'un certain ordre juridique qu'ils adoptent parce qu'ils l'estiment indispensable. La volonté passe ainsi sur le second plan, la nécessité se trouve sur le premier. Le certain ordre juridique auquel nous avons fait allusion est

justement le droit coutumier et c'est ainsi qu'il apparaît à la fin de notre étude.

Son origine une fois déterminée, nous avons orienté nos recherches vers ce qu'on pourrait appeler son contenu intrinsèque. Les résultats auxquels nous sommes parvenus peuvent se cristalliser dans la formule suivante : *le droit coutumier c'est le minimum de moralité indispensable à l'existence de la communauté internationale.*

Cette définition me paraît la conséquence nécessaire de mon livre. Toutefois, je citerai un dernier exemple à l'appui de mon opinion. En 1888 le Congrès de l'Ecouador avait fait voter une loi qui contenait parmi d'autres dispositions la suivante : le gouvernement se décharge de toute responsabilité à l'égard des nationaux et des étrangers pour tous les dédommagements qui pourraient résulter d'une guerre interne ou externe; de toute mesure prise par le gouvernement : confiscation expulsion etc... qu'il estime nécessaire, bref, qu'il n'entend payer des indemnités d'aucune sorte, dans aucune circonstance, ni à personne. Les Etats-Unis ont vite fait d'intervenir par voie diplomatique et ont obtenu l'abrogation de la dite loi. Nous possédons à ce sujet la lettre adressée à cette occasion par M. Rives, sous-secrétaire d'Etat, à M. Mc. Garr en date du 28 octobre 1888, et dont nous extrayons le passage suivant : « ... Cet acte est contraire au droit des gens et une telle déclaration de la part de l'Ecouador sur la manière dont il entend se conduire à l'égard des autres Etats, le place en dehors du droit international²⁶¹. »

L'Ecouador n'est-il par libre de légiférer en deçà de ses frontières comme bon lui semble ? La doctrine positiviste l'admettrait peut-être; la coutume internationale s'y oppose certainement. Et quelles seront les raisons de celle-ci pour justifier son attitude ? Mais tout simplement la

261. Voir la lettre de M. Rives dans Moore, *op. cit.*, p. 7.

violation des principes les plus élémentaires de moralité internationale.

Si maintenant nous envisageons la coutume dans ses rapports avec la codification du droit des gens, nous serions amené à conclure que le premier chapitre de tout essai dans ce sens devrait contenir les principes du droit coutumier. Cependant, telle n'est pas notre opinion; la codification du droit des gens nous paraît pratiquement irréalisable; et non seulement maintenant, mais tant que l'organisation politique des Etats européens restera pareille à ce qu'elle est aujourd'hui.

Vu, le Doyen,
H. BERTHÉLEMY.

Vu, le Président,
A. de LAPRADELLE.

Vu et permis d'imprimer ;
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- AKZIN (B.). — L'école autrichienne et le droit des gens dans la *Revue de droit international* (de Lapradelle-Politis), t. II, année 1927, p. 71.
- ALTAMIRA. — Opinion dissidente sur l'arrêt n° 9. Affaire du Lotus, *Publications de la C. P. J. I.*, série A, 111, p. 96.
- ALVAREZ (A.). — La codification du droit international, Paris, 1910.
- Le panaméricanisme et la sixième conférence panaméricaine tenue à la Havane, 1928, *Communication à l'Académie des Sciences morales et politiques*, Paris, 1928.
 - Le nouveau droit des gens dans la *Revue de droit international et de législation comparée*, année 1920, p. 149 et suivantes.
 - 1° L'esprit américain et la vie internationale.
2° La sixième conférence panaméricaine et le droit international. Deux articles publiés dans la *Revue de droit international* (de Lapradelle-Politis), t. 111, année 1928, p. 509-594.
- ANTOKOLETZ. — Tratado de derecho internacional publico en tiempo de paz, 2 vol. 1924-1925.
- ANZILOTTI. — Sull immunita di giurisdizione degli agenti diplomatici in Italia Foro italiano, 1902, t. 11.
- Corso di diritto internazionale Roma, 1928, t. 1.
 - Teoria generale della responsabilita dello Stato nel diritto internazionale Firenze, 1902.
- AUSTIN. — Lectures on Jurisprudence 5^e éd. 1911.
- BONFILS-FAUCHILLE. — Traité de droit international public, 4 vol., 1921-1926.
- BARTHELEMY, BASDEVANT, etc. — Les fondateurs du droit international. Préface de Antoine Pillet, Paris, 1904.
- BASDEVANT. — L'action coercitive anglo-germano-italienne contre le Vénézuéla dans la *Revue générale de droit international public* t. XI, année 1904, p. 447.

- Plaidoirie dans l'Affaire du Lotus, *Publications de la C. P. J. I.*, série C, XII^e session, p. 48.
- Traités et conventions en vigueur entre la France et les puissances étrangères, 4 vol., Paris, 1922.
- BERGBOHM. — Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts, 1877.
- BLACKSTONE. — Commentaries on the law of England, Londres, 1825.
- BLUNTSCHLI. — Le droit international codifié, Paris, 1895.
- BOREL (E.). — L'organisation internationale de la Croix rouge, « *Académie de droit international de La Haye* », *Recueil des Cours*, t. 1, p. 591.
- BRIERLY (J. L.). — La force obligatoire du droit international, « *Académie de droit international de La Haye* », *Recueil des Cours*, t. 23, p. 465.
- The law of nations, An introduction to the international law of peace, Oxford, 1928.
- BUTTLER et MACCOBY. — The development of international law, London.
- CORNELIUS VAN BYNKERSHOEK. — De dominio maris dissertationis, 2^e éd. Leyde, 1744. Edition : *Classics of International Law*. — Traduction anglaise de Ralph van Deman Magoffin, préface de J. Br. Scott, Oxford, 1923.
- CALVO (Ch.). — Le droit international théorique et pratique, 11^e éd. 4 vol., Paris, 1870.
- Dictionnaire du droit international public et privé, 2 vol. Paris, 1885.
- CAVAGLIERI. — Règles générales du droit de la paix, *Académie de droit international de La Haye Recueil des Cours* t. XXVI p. 315.
- La consuetudine giuridica internazionale, Padova, 1907.
- Corso di diritto internazionale, Napoli, 1925.
- Concetto et carattere del diritto internazionale generale, *Rivista di diritto internazionale*, 1921, t. XIV, p. 289.
- CLARK. — Practical jurisprudence, 1883.
- COBBET. — Leading cases of international law, 4^e éd.
- CORBETT (P. E.). — The consent of states and the sources of the law of nations, *The British yearbook of international law*, 1925, p. 20.

- LE BARON DESCAMPS, L. RENAULT, J. BASDEVANT. — *Recueil international des Traités du xix^e siècle*, 8 vol. parus, Paris.
- DESPAGNET. — *Cours de droit international public*, IV^e éd. revue par Ch. de Boeck, Paris, 1910.
- DICKINSON. — *The law of Nations*, New-York, 1929.
- DIENA. — *Diritto internazionale*, Napoli, 1914.
- DUGUIT. — *Traité de droit constitutionnel*, 4 vol., Paris, 1923.
- FERGUSON. — *Institutes of moral philosophy*, 1760.
- FIGURE. — *Diritto internazionale codificato*.
- FLUMENE. — *La consuetudine nel suo valore giuridico*, Sassari, 1925.
- FONTAINE (H. LA). — *Pasicrisie internationale. Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Berne 1902.
- FUR (LE). — *Le droit naturel depuis le xviii^e siècle et la doctrine moderne. Académie de droit international de La Haye (Recueil des cours, t. 18, p. 362.)*
- *Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique. Revue de droit international (de Lapradelle-Politis)*, 1927, p. 658.
 - *Le droit naturel ou objectif s'étend-il aux rapports internationaux ? Revue de droit international et de législation comparée*, 1925, p. 59.
- LE FUR ET CHKLAVER. — *Recueil de textes de droit international*, Paris, 1928.
- CAREIS. — *Institutiones. S. D.*
- GARVE. — *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797.
- GEMMA. — *Apunti di diritto internazionale*, Bologna, 1923.
- GENTILIS ALBERICUS. — *De legationibus libri tres*, Londoni, 1683.
- *Hispanici advocationis*, Amsterdam, 1661, édition : *Classics of international Law*, Oxford, 1921.
- GRASSO. — *Principi di diritto internazionale*, Firenze, 1896.
- GROTIUS (H.). — *Le droit de la guerre et de la paix. Traduction Barbeyrac*, Amsterdam, chez Pierre de Coup, 1729.
- HALL. — *A treatise on international law*, 8^e éd. publiée par A. Pearce Higgins, Oxford, 1924.
- HERSHEY AMOS. — *Essential of international public law and organization*, New-York, 1927.
- *International law since the peace of Westphalia. American Jour. of int. law*, 1912, p. 30.
- HATSCHEK (J.). — *Völkerrecht*, Leipzig, 1923.

- HEGEL. — Grundlinien der Philosophie des Rechtes, 1821.
- HEILBORN. — Les sources du droit international, *Académie de droit international de La Haye. Recueil des Cours*, t. XI, p. 5.
- HOBBS. — Elementa philosophica de cive, Paris, 1642.
- HOLTZENDORF-RIVIER. — Introduction au droit des gens, Hambourg, 1883.
- HONTORIA. — Tratado de derecho internacional publico, 2 vol., Madrid, 1928.
- HYDE (Charles). — International law chiefly as interpreted and applied by the United States, 2 vol., Boston, 1922.
- JELLINECK. — Die rechtliche Natur der Staatsverträge, 1881.
- KALTENBORN. — Kritik des Völkerrechts, 1847.
- KELSEN (H.). — Das Problem der Suveranität und die Theorie des Völkerrechts, Tübingen, 1920.
- Allegemeine Staatslehre, Berlin, 1925.
- Des rapports de système entre le droit interne et le droit international public, *Acad. de droit int. de La Haye. Rec. des Cours*, t. XIV, p. 121.
- Naturrecht und positives Recht. *Revue internationale de la théorie du droit*, t. 11, année 1927, p. 71.
- KOSTERS (J.). — Les fondements du droit des gens. *Bibliotheca Visseriana*, t. IV, La Haye, 1925.
- KRABBE. — Die moderne Staatsidee, La Haye, 1919.
- KUNZ (J.). — Die Rechts und Staatslehre Léon Duguit. *Revue internationale de la théorie du droit*, t. 1, 1926, p. 140.
- LAPRADELLE (DE). — Quelques mots sur les idées et l'œuvre de M. Alejandro Alvarez. *Revue de droit international*, t. 111, année 1928, p. 501.
- Antoine Pillet, sa vie, son œuvre dans la *Revue de droit international*, 1927.
- ET POLITIS. — *Recueil des arbitrages internationaux*, 2 vol., Paris, 1905 et 1923.
- LAUTERPACHT. — Spinoza and international law. *British yearbook of international law*, vol. VIII, 1927, p. 89.
- Private law Sources and analogies of international Law, London, 1927.
- LAURENT. — Droit civil international.
- LAWRENCE. — Les principes du droit international. Trad. de Lapradelle, Oxford, 1920.

- LISZT (VON). — *Traité de droit international*, trad. Gidel, préface de J. B. Scott, Paris, 1927.
- LORIMER (J.). — *The institutes of the law of nations*, Edinburgh, 1883-1884.
- LOUTER (DE). — *Le droit international public positif*, 2 vol., Oxford, 1920.
- MARTENS (DE). — *Précis du droit des gens*.
- MENZEL (A.). — Spinoza und das Völkerrecht. *Zeitschrift für Völkerrecht*, t. 11, 1908, p. 17.
- MERIGNHAC. — *Traité de droit public international*, 4 vol., Paris, 1905.
- MICELLI. — *La forza obbligatoria della consuetudine*, Naples.
- MOORE. — *A Digest of international law*, 8 vol., Washington, 1906.
- NEGULESCO (DEM). — Opinion dissidente sur l'avis consultatif n° 14. Compétence de la commission internationale du Danube. *Publications de la Cour permanente de Justice internationale*, série B. 111, p. 105.
- NYHOLM, — Opinion dissidente sur l'Arrêt n° 9, Affaire du Lotus. *Pub. de la Cour perm. de Just. Int.*, Série A. 111, p. 59.
- NYS (E). — Développement and formation of the international law. *Amer. Jour. of int. law*, année 1912, p. 1.
- OLMEDA. — *Elementos del derecho publico de la paz y de la guerra*.
- OPPENHEIM. — *Niemayer Zeitschrift für internationale Recht*, année 1915, vol. XXV, p. 12.
- *The science of international law*. *Amer. Jour. of int. law*, 1908.
- *International law, a treatise*, IV^e éd. publiée par Mac. Nair., 2 vol., Londres, 1928.
- OTTOLENGHI. — *La personalita inter zionali della Unioni di Stati*, Torino, 1924.
- PALLIERI (G. B.). — *La forza obbligatoria della consuetudine internazionale*. *Rivista di diritto internazionale*, Série 111, t. VII, 1928, p. 338.
- PERASSI. — *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche*, Roma, 1917.
- *Corso di diritto internazionale*, Napoli, 1922.
- PHILLIMORE. — *Commentaries upon international law*.
- PILLET. — *Le droit international public, ses éléments constitutifs, son domaine, son objet*. *Mélanges Pillet*, page 227.

- POLITIS (N.). — Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux. *Acad. de droit int. de La Haye*. — *Rec. des Cours*, t. VI, p. 5.
- La Justice internationale, Paris, 1924.
- Les nouvelles tendances du droit international, Paris, 1927.
- Plaidoirie, Réplique dans l'affaire des Usines de Chorzow. *Pub. de la Cour perm. de Just. Int.*, Série C, n° 13, p. 80.
- PRADIER-FODÉRÉ. — Traité de droit international public, européen et américain, Paris, 1885.
- PUFENDORF (S. VON). — *Elementorum jurisprudentiae universalis libri tres*, 1660.
- RACHEL (S.). — De jure naturae et gentium dissertationes, Kiel, 1676. Edition : *Classics of International Law*, trad. anglaise de John Powley Bate. Préf. de Ludwig von Bar. Washington, 1916.
- REDSLOB (L.). — Histoire des grands principes du droit des gens, Paris, 1923.
- RENAULT. — Introduction à l'étude du droit international, Paris, 1879.
- ROMANO. — Corso di diritto internazionale, Padova, 1926.
- Corso di diritto costituzionale, Padova, 1926.
- Ordinamento giuridico, Pisa, 1918.
- SALVIOLI. — La corte permanente de giustizia internazionale. *Rivista di diritto internazionale*, 1924, t. XVII, p. 24.
- SCHOEN. — Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts. *Archiv*
- SCHUPPE. — *Das Gewohnheitsrecht*, Breslau, 1890.
- SCOTT (J. B.). — Travaux de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye. *Publications de la Dotation Carnegie*, Oxford, 1929.
- The legal nature of international law. *Amer. Jour. of int. law*, 1907, p. 847.
- SPIROPOULOS. — Théorie générale du droit international, Paris, 1930.
- STEPHEN (Leslie). — The English utilitarians, vol. 111.
- STRUPP (K.). — Wörterbuch des Völkerrechts, 3 vol., Berlin, 1929.
- Documents pour servir à l'histoire du droit des gens, 5 vol., 2^e éd., 1923.
- Eléments du droit international public universel, européen et américain, 3 vol., Paris, 1930.
- TARDE. — Les transformations du droit, Paris.

- TRIEPEL. — Droit interne et droit international. *Acad. de droit intern. de La Haye*. — *Rec. des Cours*, t. 1, p. 77.
- Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig, 1889.
- ULMANN. — Diritto internazionale pubblico, Torino, 1914.
- URRUTIA (F. J.). — Le continent américain et le droit international. *Préface* de M. Politis, Paris, 1929.
- VATTEL (E. de). — Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, 1758. Edition : *Classics of International Law*, introduction de A. de Lapradelle, Washington, 1916.
- VERDROSS (Alfred). — Le fondement du droit international. *Acad. de droit inter. de La Haye*. — *Rec. des Cours*, t. XVI, p. 251.
- Das Völkerrecht im Systeme von Spinoza. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, 1927, p. 100.
- Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Wien und Berlin, 1926.
- VISSCHER (Charles de). — La codification du droit international. *Acad. de droit intern. de La Haye*. — *Rec. des Cours*, t. VI, p. 349.
- WALKER. — Science of international Law, 1893.
- WEISS (André). — Opinion dissidente sur l'Arrêt n° 9, Affaire du Lotus. *Pub. de la Cour Per. de justice inter.*, Série A. 111, p. 43.
- WENZEL. — Juristische grundprobleme, 1921.
- WESTLAKE. — Traité de droit international. *Trad. de Lapradelle*, Oxford, 1924.
- WHEATON. — Elements of international law, VI^e édition publiée par A. Berriedale Keith, London, 1929.
- WILDMAN. — Institutes of international law, 1849-1859.
- WOLF. — Institutiones juris naturae et gentium, Francfort, 1766.
- WOOLSEY. — Introduction to the study of international law, New-York, 1870.
- ZOUCH (R.). — Juris et Judicii Feialis sive Juris inter Gentes Oxoniae, 1601. Edition : *Classics of international Law* trad. anglaise de Brierly Préface de Thomas Erskine Holland Washington, 1916.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction. — Position et importance du sujet.....	7
--	---

PREMIERE PARTIE

LES CONCEPTIONS DOCTRINAIRES SUR LA COUTUME INTERNATIONALE

Chapitre premier. — Grotius et ses prédécesseurs.....	15
Gentilis	15
Suarez	17
Hugo Grotius	17
Chapitre II. — Les doctrines de Grotius à Vattel.....	25
Richard Zouch	25
Pufendorf	29
Rachel	32
Cornelius van Bynkershoek.....	34
Christian Frederic de Wolf	36
Em. de Vattel.....	38
Chapitre III. — Les doctrines modernes.....	45
Section 1. — Ecole franco-belge : Renault, Pillet, Weiss, Bas- devant, de Lapradelle, Duguit, Le Fur, de Visscher.....	47
Section 2. — Les écoles allemande et autrichienne : Triepel, Heilborn, Hatschek, Strupp, Kelsen, Verdross.....	59
Section 3. — L'école italienne : Anzilotti, Perassi, Cavaglieri, Romano, G. B. Pallieri.....	76
Section 4. — L'école anglo-américaine : Ferguson, Lorimer, Austin, sir Henry Maine, lord Phillimore, Westlake, Lawrence, Wheaton, Hall, Oppenheim, Corbett.....	84
Section 5. — L'école ibéro-américaine : Calvo, Antokoletz, Hontoria, Olmeda, Alvarez.....	99

DEUXIEME PARTIE

L'ANALYSE DU CONCEPT DE LA COUTUME INTERNATIONALE

Chapitre premier. — La formation de la coutume.....	111
Section 1. — La formation de la coutume dans le sens restreint	120
a) La répétition des faits : élément matériel.....	120
b) La conscience juridique commune : élément intellectuel	132

<i>Section 2. — La formation de la coutume dans le sens large....</i>	135
<i>a) A base de traité.....</i>	137
<i>b) A base de coutume restreinte.....</i>	139
<i>c) A base de droit interne, romain, etc.....</i>	139
<i>d) A base de correspondance diplomatique.....</i>	144
<i>e) Fondée sur l'opinion des auteurs.....</i>	147
Chapitre II. — La force obligatoire de la coutume	152
<i>Section 1. — La preuve de la coutume.....</i>	152
<i>Section 2. — La force obligatoire de la coutume.....</i>	157
<i>Section 3. — La gradation de la force obligatoire des règles coutumières. Etude sur l'article 38 du Statut de la Cour Per- manente de Justice Internationale.....</i>	162
Chapitre III. — La transformation et l'abrogation de la coutume.....	165
Conclusion	171



